

DEN TIDSUBESTEMTE SÆRREAKSJONEN FORVARING

- En fremstilling av forvaringsbestemmelsen i straffeloven § 39c nr. 1 og av bruken av forvaring sammenholdt med det tidligere sikringsinstituttet

Kandidatnummer: 429

Leveringsfrist: 25. april 2007

Til sammen 17.978 ord

22.10.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Kilder	3
1.4	Videre fremstilling	4
1.5	Kort om konvertering og forlengelse av sikring	5
<u>2</u>	<u>FRA EN DOBBELTSPORET TIL EN ENKELTSPORET SÆRREAKSJON</u>	<u>6</u>
2.1	Innledning	6
2.2	En tidsubestemt særreaksjon	7
2.3	En reaktiv og proaktiv straff	9
2.4	Forvaring i anstalt	10
2.5	Lovbryteren	12
<u>3</u>	<u>ANVENDELSESOMRÅDET</u>	<u>15</u>
<u>4</u>	<u>DE MATERIELLE VILKÅR I § 39C NR. 1</u>	<u>19</u>
4.1	En kort presentasjon	19
4.2	Første særvilkår – alvorlig forbrytelse	19
4.2.1	Innledning	19
4.2.2	Konkurrenstillfeller	21

4.2.3	Lovbruddskategoriene	23
4.2.4	Samlebetegnelsen og medvirkning	27
4.3	Andre særvilkår – gjentakelsesfare	31
4.3.1	Innledning	31
4.3.2	Momenter i farevurderingen	35
4.4	Grunnvilkåret	46
4.5	Kan-vurderingen	51
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>54</u>
<u>6</u>	<u>KILDER</u>	<u>58</u>
6.1	Litteraturliste	58
6.2	Domsregister	59
6.3	Lover og konvensjoner	61
6.4	Forarbeidsregister	62
<u>7</u>	<u>VEDLEGG 1</u>	<u>63</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og problemstilling

Enkelte lovbreakere anses som så farlige at samfunnet trenger et særskilt vern utover den vanlige fengselsstraffen. Forvaring er en tidsubestemt straff som etter straffeloven § 39c kan idømmes tilregnelige lovbreakere som har begått alvorlige forbrytelser når en ordinær tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig for å verne samfunnet mot nye slike overtredelser. Reglene om forvaring trådte i kraft 1. januar 2002 og erstattet de tidligere sikringsreglene.

Det dobbeltsporende system med sikring i tillegg til straff hadde over flere tiår blitt kritisert¹, og noe av formålet med å innføre forvaring var å imøtegå denne kritikken. Allerede i 1973 fremsatte Straffelovrådet i NOU 1974:17 forslag om innføring av forvaringsstraffen. Det skulle likevel gå nesten tretti år før denne særreaksjonen ble tatt i bruk i norsk rett, og veien frem til dette var både lang og konfliktfylt.

På flere punkter synes det å være uoverensstemmelser mellom det som var lovgivers intensjoner med forvaringsinstituttet og hvordan forvaringsbestemmelsen brukes praksis. Blant annet har det fra flere hold vært anført at flere lovbreakere blir ilagt forvaring enn hva som var forutsatt i forarbeidene. I den sammenheng ønsker jeg å ta for meg vilkårene i forvaringsbestemmelsen og gjeldende rett slik den kommer frem av rettspraksis. Ved å holde dette opp mot det tidligere sikringsinstituttet ønsker jeg å belyse likheter og forskjeller mellom de to særreaksjonene og se om kritikken som ble rettet mot bruken av sikring overfor tilregnelige har blitt avhjulpet ved innføringen av forvaring. Målet er å skape et deskriptivt og helhetlig bilde av vilkårene for å idømme disse tidsubestemte

¹ Se blant annet Andenæs (1989) s. 442-444 og NOU 1974:17 s. 78-81.

straffene og trekke frem de interessante problemstillingene. Den brede tilnærmingsmåten gjør at jeg ikke har anledning til å gå i dybden i alle vurderingene.

1.2 Avgrensning

Forvaring etter § 39c nr. 1 forutsetter at det er begått en alvorlig forbrytelse som har krenket andres liv, helse eller frihet. Etter § 39c nr. 2 kan også lovbrøttere som har ”begått eller forsøkt å begå en mindre alvorlig forbrytelse av samme art som nevnt i nr. 1” idømmes forvaring. Rt-2006-1153 er den eneste høyesterettsdommen der det har vært spørsmål om å idømme forvaring på grunnlag av § 39c nr. 2, og siden den blir lite brukt i praksis, velger jeg å ikke behandle denne bestemmelsen særskilt. Enkelte steder vil den likevel bli nevnt for å belyse forståelsen av vilkårene i § 39c nr. 1.

Til forvaringsbestemmelsene i straffeloven hører også § 39d om personundersøkelse og rettspsykiatrisk undersøkelse, straffeutmålingsbestemmelsen i § 39e og reglene om prøveløslatelse og eventuell gjeninnsettelse i §§ 39f og 39g. Bestemmelsen i § 39d vil bli behandlet, da personundersøkelsen, eventuelt den rettspsykiatriske undersøkelsen, er svært sentral i vurderingen av lovbrøtters farlighet og dermed om vilkårene for å idømme forvaring etter § 39c er oppfylt. Reglene om fastsettelse av tidsramme og minstetid i § 39e blir presentert, men straffeutmålingspraksis kommer ikke til å bli behandlet nærmere. Da det sentrale i oppgaven er vilkårene for forvaring, vil prøveløslatelse, gjennomføringen og det faktiske innhold av forvaringsstraffen falle utenfor, siden dette først blir aktuelt etter at forvaringsdommen har falt og soningen er påbegynt. Oppgaven avgrenses videre mot det straffeprosessuelle, da det er de materielle vilkår jeg ønsker belyst.

Når det gjelder vilkårene for idømmelse av sikring og sikringspraksis, blir dette bare behandlet i den grad det er nødvendig for å sammenligne med forvaringsinstituttet. Den fullstendige utviklingen av bruken av sikringsbestemmelsen i rettspraksis kommer derfor

ikke frem. For en fullstendig presentasjon av sikringsinstituttet viser jeg til Helge Røstads avhandling inntatt i NOU 1974:17 s. 186-273.

1.3 Kilder

Vilkårene for å idømme forvaring er inntatt i straffeloven § 39c. Bestemmelsen ble vedtatt ved lov 17.januar 1997 nr. 11 og trådte i kraft 1. januar 2002, jfr. lov 15. juni 2001 nr. 64. Ved ikrafttredelsen av forvaringsreglene opphørte reglene om sikring, som tidligere var inntatt i straffeloven § 39, heretter gml. § 39. Dersom ikke annet er nevnt, gjelder alle paragrafhenvisninger den gjeldende straffelov.

Den lange vedtakelsesprosessen medførte et omfattende forarbeidsmateriale. Blant annet har jeg tatt i bruk Straffelovkommisjonens utredning i NOU 1983:57 og de to mest sentrale forarbeidene som lå til grunn for vedtakelsen av bestemmelsen i 1997, Særreaksjonsutvalgets utredning i NOU 1990:5 og den oppfølgende proposisjonen fra Justis- og politidepartementet (heretter departementet) i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994). Før ikrafttredelsen i 2002 ble det gjort enkelte endringer, og her er Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) sentral. Det har i flere tiår blitt arbeidet med en revisjon av straffeloven anno 1902. Den nye straffelovens alminnelige del er vedtatt, men ikke trådt i kraft, jfr. lov 20.mai 2005 nr. 28, heretter ny strl. Det er allerede her gjort enkelte endringer i forvaringsbestemmelsen, hovedsakelig av lovteknisk karakter. Forarbeidene som er mest sentrale her er NOU 2002:4 og Ot.prp. nr. 90 (2003-2004).

For å begrense omfanget av rettspraksis, har jeg hovedsakelig tatt for meg avgjørelser fra Høyesterett. Spørsmålet om å idømme forvaring har siden 1. januar 2002 og frem til 29. mars 2007 vært oppe 28 ganger i denne instansen. Høyesterettspraksis er sentral for lovtolkningen og har generelt stor rettskildeverdi, og siden forvaringsbestemmelsen er så ny, vil dette gjøre seg særlig gjeldene her. I mangel av høyesterettspraksis, vil underrettspraksis likevel bli nevnt enkelte steder. Avgrensningen kan til en viss grad slå

uheldig ut, da den medfører at det totale omfanget av bruken av forvaringsbestemmelsen ikke kommer frem. I tillegg er det erfaringsmessig de mest alvorlige sakene som behandles i flere instanser.

Berit Johnsen og Birgitte Langset Storvik presenterte i Nordisk Tidsskrift for Kriminalviteskab nr. 1 2006 et forskningsmateriale om bruken av forvaring fra særreaksjonen trådte i kraft frem til 21.mars 2006. Det fremkommer her interessante funn som vil bli trukket frem underveis i oppgaven.

Når det gjelder juridisk litteratur, er materialet foreløpig forholdsvis snevert. Ved omtale av sikringsbestemmelsen har jeg blant annet anvendt av Straffelovens kommentarutgave, utg.1, redigert av Anders Bratholm og Magnus Matningsdal, heretter omtalt som Bratholm/Matningsdal (1991). For forvaringsbestemmelsen har jeg benyttet meg av samme verk, 3. utg., heretter Matningsdal/Bratholm (2003). Videre vil høyesterettsdommer Georg-Fredrik Rieber-Mohns presentasjon av forvaringsreglene i Juristkontakt nr. 4 og nr. 5 i 2003 bli trukket frem.

For nærmere angivelse av benyttede kilder viser jeg til kilderegisteret.

1.4 Videre fremstilling

Innledningsvis vil jeg presentere de overordnede likheter og forskjeller mellom forvaringsinstituttet og det tidligere sikringsinstituttet og trekke frem det som skiller disse særreaksjonene fra en ordinær tidsbestemt fengselsstraff. Deretter kommer jeg inn på hva som er ment å være forvaringens anvendelsesområde og hvilke lovbrytere som utgjør forvaringsstraffens målgruppe. Videre følger en presentasjon av de tre kumulative vilkårene som må være oppfylt for å kunne idømme forvaring; grunnvilkåret om at en tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet, og de to særvilkårene om kravet til forbrytelsen og kravet til gjentakelsesfaren. I rettspraksis behandles grunnvilkåret

gjennomgående til slutt, og jeg velger å gjøre det samme da grunnvilkåret forutsetter en helhetlig vurdering der særvilkårene får stor betydning.

Enkelte av oppgavens punkter flyter mye over i hverandre. Jeg har forsøkt å plassere ting der de mest naturlig hører hjemme og vil henviser til tidligere eller kommende punkter for å hindre unødige gjentakelser.

1.5 Kort om konvertering og forlengelse av sikring

Flere forvaringsdommer gjelder sikringstiltak som ikke var satt i verk da reglene om forvaring trådte i kraft 1. januar 2002.² Etter lov 17. januar 1997 nr. 11 må det da reises såkalt "konverteringssak" dersom det ønskes å idømme forvaring i stedet for sikring, jfr. lovens overgangsregel nr. 5. I Rt-2004-306 tok Høyesterett opp spørsmålene om det er i strid med forbudet mot gjentatt straffeforfølgning i Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK) protokoll 7 artikkel 4 å anlegge konverteringssak, avsnittene 13-20, og om det å konvertere sikring til forvaring er i strid med tilbakevirkningsforbudene i Grunnloven § 97 og EMK artikkel 7, avsnittene 21-33. Begge spørsmålene ble besvart benektende. Men, for at sikring skal kunne konverteres til forvaring, må også vilkårene for å idømme sikring være oppfylt, jfr. Rt-2002-1052 der Høyesterett på s. 1068 uttalte: "Forbudet i Grunnloven §97 mot å gi nye lover tilbakevirkende kraft medfører imidlertid at forvaring bare kan anvendes dersom vilkårene for sikring er oppfylt."³ Det samme gjelder dersom forvaring skal idømmes som forlengelse av sikring etter lovens overgangsregel nr. 3, jfr. Rt-2002-1683 s. 1687.

² Se Johnsen/Storvik (2006) s. 53.

³ Se også Rt-2002-1667 s. 1672, Rt-2003-1787 avsnitt 26 og Rt-2004-1518 avsnitt 18.

2 Fra en dobbeltsporet til en enkeltsporet særreaksjon

2.1 Innledning

Sikring var ikke straff, og denne reaksjonen kunne dermed ilegges både tilregnelige og uttilregnelige lovbreakere. Det er et alminnelig prinsipp i norsk rett at uttilregnelige ikke kan straffes, og siden forvaring i motsetning til sikring er straff, jfr. § 15, kan denne reaksjonen bare idømmes lovbreakere som var strafferettslig tilregnelige i gjerningsøyeblikket. Dette vil omfatte alle som ikke rammes av reglene om uttilregnelighet i §§ 44 og 45. Innenfor kategorien uttilregnelig faller den som i gjerningsøyeblikket var psykotisk eller bevisstløs, jfr. § 44 første ledd (med mindre bevisstløsheten var en følge av selvforskyldt rus, jfr. § 45), samt den som er psykisk utviklingshemmet i høy grad, jfr. § 44 andre ledd. Utilregnelige kan etter dagens bestemmelser idømmes særreaksjonene tvunget psykisk helsevern etter § 39 eller tvungen omsorg etter § 39a, som også trådte i kraft 1. januar 2002. Begrepet særreaksjon har tradisjonelt blitt benyttet om reaksjoner som ikke er straff. Selv om forvaring er straff i lovens forstand, blir begrepet også brukt om denne reaksjonen. Grunnen er at forvaring i likhet med de andre særreaksjonene er en særforholdsregel som kun er ment brukt i spesielle tilfeller for å beskytte samfunnet mot de aller farligste lovbreakere.

En annen konsekvens av at sikring ikke var straff, var at tilregnelige lovbreakere kunne ilegges sikring i tillegg til en ordinær tidsbestemt fengselsstraff. Ordningen ble derfor kalt ”det dobbeltsporede system”. Denne dobbelheten ble kritisert for å være urettferdig, da lovbreakeren ikke ble dømt til sikring for det begåtte lovbrudd, men for lovbrudd retten fryktet ville bli begått. Sikring fikk således karakter av å være en tilleggsstraff som ble benyttet for å eliminere den risikoen lovbreakeren ble antatt å utgjøre. Samtidig var ikke reaksjonen nødvendigvis av mindre inngripende karakter selv om den ikke var straff i

lovens forstand. I realiteten fungerte den i stor grad som straff, og i Innst.O. XII (1927) s. 3 uttalte Justiskomiteen at selv om særforanstaltningen strafferettslig sett ikke ble regnet som straff, ville den ”av den enkelte ofte føles som den strengeste del av straffen”. Forvaring skal etter ordlyden i § 39c første punktum idømmes ”i stedet for fengselsstraff”. Dette understreker at det dobbeltsporede systemet nå er forlatt og at domstolene må velge mellom lovens to alternative frihetsstraffer; forvaring eller en ordinær fengselsstraff.⁴ Siden forvaring i tillegg til å være straff også er en særforholdsregel som skal hindre lovbrysteren i å begå nye alvorlige lovbrudd, skiller forvaringsstraffen seg på flere områder fra en ordinær frihetsstraff.

2.2 En tidsubestemt særreaksjon

Til forskjell fra en ordinær fengselsstraff, er forvaringen tidsubestemt. I henhold til proporsjonalitetsprinsippet, som tilsier at det skal være forholdsmessighet mellom straffverdigheten av et lovbrudd og den konkrete straffen, kan særreaksjonen derfor bare vedvare så lenge det er fare for at lovbrysteren skal forgå seg på ny. Av den grunn er tidsubestemtheten relativ; det må fastsettes en tidsramme for hvor lenge forvaringen i utgangspunktet skal vare. Etter § 39e første ledd første punktum bør ikke tidsrammen overstige 15 år, og den kan ikke overstige 21 år. Så lenge det foreligger nærliggende gjentakelsesfare kan imidlertid tidsrammen etter første ledd annet punktum forlenges et ubegrenset antall ganger med inntil fem år av gangen.⁵ Dette innebærer at en forvaringsdømt kan bli sittende bak lås og slå livet ut. Både Syse⁶ og Eskeland⁷ anførte i denne sammenheng at innføring av forvaring i prinsippet ville innebærer en gjeninnføring

⁴ NOU 1974:17 s. 151.

⁵ Det kommer ikke direkte frem av ordlyden i § 39e at nærliggende gjentakelsesfare er et vilkår for forlengelse, men det er alminnelig antatt at vilkårene for å idømme forvaring må være oppfylt for å kunne opprettholde reaksjonen.

⁶ Syse (1997) s. 41.

⁷ Eskeland (2000) s. 384.

av livstidsstraffen, men hvorvidt det blir en realitet at forvaringsdømte blir sittende livet ut, er det for tidlig å si noe om. Den praktiske betydningen av tidsrammen er at all løslatelse før utløpet av denne skal skje på prøve, jfr. § 39f. I tillegg fungerer den som en rettssikkerhetsgaranti for den dømte ved at det foretas en ny rettslig prøving av forvaringsvilkårene før en eventuell forlengelse. Dersom det ikke innen tre måneder før tidsrammens utløp er reist forlengelsessak, opphører reaksjonen, jfr. § 39e første ledd i.f.

Etter § 39e andre ledd bør det også fastsettes en minstetid for forvaringen, og denne kan ikke overstige ti år. Minstetidens praktiske betydning er at forvaringsdømte kan ikke løslates på prøve før den er ferdig sonet. Hovedbegrunnelsen for innføring av minstetid var at det i mange tilfeller kan virke støtende på den alminnelige rettsfølelse om prøveløslatelse skjer kort tid etter et alvorlig lovbrudd.⁸ Dersom det ikke er fastsatt minstetid, kan domfelte søke om prøveløslatelse ett år etter at forvaringsdommen var rettskraftig, jfr. § 39f femte ledd.

Også sikring var relativt tidsubestemt. Etter gml. § 39 nr. 3 annet ledd skulle det fastsettes en lengstetid, og denne kunne forlenges dersom vilkårene for sikringen fortsatt var tilstede. Tidsubestemtheten ble kritisert på to punkter. For det første ble det anført at den utgjorde en ekstraordinær psykisk belastning på domfelte. For det andre ble det innvendt at det ikke var forholdsmessighet mellom innesperringens varighet og alvorligheten av det begåtte lovbrudd, og at tidsubestemtheten dermed var i strid med proporsjonalitetsprinsippet, jfr. Christie (1974) s. 141. For å forsvare innføringen av forvaring som tidsubestemt reaksjon, imøtegikk Straffelovrådet denne kritikken i NOU 1974:17 s. 83. Det ble der påpekt at den tidsbestemte straffens varighet på grunn av prøveløslatelsesinstituttet også kunne være usikker, og at lovgivningens vide strafferammer medførte at lovbryteren uansett kunne idømmes en lang tidsbestemt fengselsstraff av hensyn til samfunnsvernet. Videre konstaterte Straffelovrådet på s. 90 at det var behov for å kunne idømme ”en mindre gruppe særlig farlige lovbytere” en tidsubestemt reaksjon i de tilfellene en tidsbestemt reaksjon ikke var tilstrekkelig av hensyn til samfunnsvernet. I de senere forarbeidene ble

⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 112.

flere momenter trukket frem for å forsvare opprettholdelsen av en tidsubestemt reaksjon. For det første kunne det være uheldig å ikke ha noe alternativ til en tidsbestemt straff, da myndighetene plikter å løslate den innsatte når straffen er ferdig sonet, uansett hvor farlig personen måtte antas å være. Siden det er vanskelig å vurdere hvor langt frem i tid lovbrøteren kan være farlig, ville det i tillegg i enkelte tilfeller være uforsvarlig å måtte fastsette en bindende lengde av frihetsberøvelsen allerede på domstidspunktet, jfr. Straffelovkomisjonens innstilling i NOU 1983:57 s. 198. På samme sted ble det videre påpekt at dersom det ikke fantes noe tidsubestemt alternativ, kunne konsekvensen bli at domstolene utmålte strengere straffer for å verne samfunnet mot en liten gruppe farlige lovbrøtere. Dette ville imidlertid kunne påvirke det generelle straffnivået og medføre en utilsiktet straffeskjerpelse overfor de mindre farlige lovbrøterne. Straffelovkomisjonen trakk videre under henvisning til Rt-1983-1043 s. 1047 frem at behovet for en tidsubestemt reaksjon ble større da livstidsstraffen ble opphevet i 1981. Mange av de samme argumentene ble også nevnt i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 77, og det synes altså ikke på noe tidspunkt å ha vært aktuelt å fjerne det kritiserte sikringsinstituttet uten å innføre en ny tidsubestemt reaksjon.

2.3 En reaktiv og proaktiv straff

En annen viktig forskjell mellom forvaring og en ordinær fengselsstraff er at forvaringen både er reaktiv og proaktiv. Samtidig som den fungerer som en straffereaksjon for det begåtte lovbrudd, er den også ment å virke forebyggende ved at domfelte holdes innesperret på ubestemt tid, og således hindres i å begå nye forbrytelser så lenge innesperringen varer. Gjennom det proaktive element straffes dermed lovbrøteren for handlinger som enda ikke er begått. Ved det dobbeltsporede system fungerte fengselsstraffen som en reaktiv reaksjon på det begåtte lovbrudd, mens sikringen var proaktiv. Ved innføring av forvaringsstraffen ble de to elementene slått sammen, men i realiteten er det samme som skjer. Både sikringsinstituttet og forvaringsinstituttet er blitt kritisert for at det straffes for ugjorte gjerninger. Forvaringsinstituttet går lenger enn

sikringen på dette området ved at reaksjonen for de enda ikke begåtte handlingene nå er straff, og fra flere hold ble det påpekt at det urettferdige i det dobbeltsporede system er opprettholdt. Dette kommer særlig frem når soningen av forvaringsdommen har kommet så langt at tidspunktet for løslatelse fra en ordinær tidsbestemt straff ville vært nådd, og soningen av de enda ikke begåtte forbrytelsene begynner. Det er likevel antatt at systemet har blitt bedre etter at reaksjonen ble straff, siden det både er det den fungerer og føles som.

Ved en tidsubestemt straff er det to hensyn som står mot hverandre; behovet for å verne samfunnet mot de farligste lovbrysterne og lovbrysterens rettssikkerhet. Straffelovkommisjonen uttalte i NOU 1983:57 s. 198 at når det på grunn av lovbrysterens atferd er ”grunn til å tro at andres liv eller helse vil være alvorlig truet om lovbrysteren ikke blir tatt hånd om, må myndighetene ha rett – og plikt – til å beskytte befolkningen ved å holde lovbrysteren innesperret så lenge farligheten antas å vare”. Departementet fulgte senere opp dette og uttalte at behovet for en tidsubestemt særreaksjon måtte veie tyngre enn rettferdighetshensyn.⁹ Det er dermed lagt til grunn at det for de farligste lovbrysterne er legitimt å straffe med et preventivt siktemål.

2.4 Forvaring i anstalt

Etter § 39c er det ”forvaring i anstalt” som kan idømmes. Det er altså selve anstaltoppholdet som er forvaringen, og dersom domfelte prøveløslates etter § 39f, opphører reaksjonen. Ved en eventuell gjeninnsettelse etter § 39g fjerde eller femte ledd, vil soningen av forvaringsdommen fortsette.

For å legitimere idømmelsen av en forebyggende og tidsubestemt straff, var forvaring ment å ha et annet innhold enn en ordinær fengselsstraff. Det ble i forarbeidene trukket frem at forvaringsdømte skulle underlegges mer behandling og få tettere oppfølging, slik at de

⁹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79.

kunne gis mulighet for å endre sin atferd og forberedes på et liv i frihet.¹⁰ En slik behandlingstanke medfører at forvaringsstraffen gis et individualpreventivt preg med det siktemål at lovbrysteren skal avstå fra å begå nye lovbrudd også etter at straffen er ferdig sonet. Opprinnelig var det planlagt å etablere en spesialinstitusjon som skulle tilpasses forvaringsdømte. For Særreaksjonsutvalget var denne såkalte ”gråsoneanstalten” et sentralt element da de gikk inn for forvaringsordningen, jfr. NOU 1990:5 s. 112, men planene ble i ettertid lagt på is. Forvaringsdømte soner pr. i dag på to anstalter under kriminalomsorgen, Ila fengsel, forvarings- og sikringsanstalt og Bredtveit fengsel, forvarings- og sikringsanstalt. Det er imidlertid ikke lagt lovmessige begrensninger på hvilke anstalter som kan benyttes.

Når det gjelder rammene rundt den tidsubestemte straffen har de blitt innstrammet ved innføringen av forvaringsinstituttet, da det her utelukkende er anstaltopphold som kan benyttes. Ved idømmelse av sikring hadde domstolene flere sikringsmidler til disposisjon, og etter gml. § 39 nr. 1 bokstav a-f kunne lovbrysteren idømmes ulike tiltak i frihet eller opphold i sikringsanstalt eller fengsel. Retten nøyde seg i praksis med å fastsette en ramme for hvilke sikringsmidler som kunne benyttes, og det var dermed opp til påtalemyndigheten å velge hvilke tiltak som skulle iverksettes. I SKI 1925¹¹ s. 132 ble det sagt at valget av sikringsmidler måtte skje på en slik måte at man på den ene siden beskyttet samfunnet, men på den andre siden ikke gjorde midlene strengere enn hva formålet krevde. Det ble ikke utelukket at tiltakene også kunne ”tjene til forbryderens opreisning”, og videre ble det uttalt at det ”ved hensiktsmessig behandling tilslutt kan bli gode eller ialfall uskadelige medborgere også av dem, som fengselsmyndighetene hadde opgitt”. Uttalelsen viser at det til dels var legitimt å ilegge sikring av hensyn til lovbrysteren selv, med tanke på å oppnå en best mulig behandling. Et eksempel på dette fra sikringspraksis er Rt-1982-1594, der det under dissens (3-2) ble ilagt sikringsbemyndigelse på grunnlag av vinningskriminalitet. Flertallet begrunnet dette på s. 1595 med at det i enkelte tilfeller ville være hensiktsmessig

¹⁰ NOU 1990:5 s. 111-112 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79.

¹¹ Innstilling fra den av Justisdepartementets 11. mai 1992 oppnevnte komité til revisjon av straffeloven. Første Del. Oslo. 1925.

å benytte seg av sikring når domstolene først hadde lovhjemmel til det. Denne saken ble ansett å være et særegent tilfelle hvor sikring ble ansett å være et formålstjenelig middel, ikke først og fremst på grunn av den gjentatte vinningskriminaliteten, men fordi domfelte i høy grad var behandlingstrengende på grunn sin personlighet, slik den som følge av stoffmisbruk hadde utviklet seg. Forvaring kan i motsetning til dette bare idømmes av hensyn til samfunnsvernet, hvilket jeg kommer tilbake til i pkt. 4.4.

2.5 Lovbryteren

Sikring forutsatte en abnormtilstand hos lovbryteren, og overfor tilregnelige var det i praksis betegnelsen ”mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner” som ble benyttet.¹² Begrepet var skapt av jurister og bygget ikke på noen anerkjent psykiatrisk diagnose. Flere psykiatere vegret seg derfor mot å benytte denne uklare karakteristikken.¹³ For lovbryteren ble den i tillegg ansett å være svært stigmatiserende, og det å få dom på å inneha slike egenskaper kunne få uheldig betydning også etter at sikringen var ferdig sonet.

Siden det ble stilt krav til tiltales sinnstilstand, hadde psykiatrien betydelig innflytelse i avgjørelsen av om det skulle iverksettes sikringstiltak. Dette var et av de mest kritiserte punktene ved sikringsordningen. Den dømte kunne få inntrykk av at retten ila straff for det begåtte lovbrudd, mens psykiaterne ”dømte” ham til sikring for de lovbrudd som kunne tenkes begått i fremtiden. Dette kunne føre til mistillit til psykiateren som behandler, og det ble anført at psykiatriske ressurser først og fremst burde knyttes til behandlingsarbeid etter at dom var avsagt, og ikke til diagnostisering for å tjene rettssystemet før domsavsigelsen.¹⁴

¹² Se mer om begrepet i Karnov (1999) note 259 og 260.

¹³ Røstad (1966) s. 160.

¹⁴ Se blant annet Christies særuttalelse i NOU 1974:17 s. 135.

Ved innføring av forvaring ble kravet til lovbrysterens sinnstilstand tatt ut. Dette innebærer at lovbrysterer ikke lenger kan idømmes en særreaksjon utelukkende på grunn av gjentagelsesfare knyttet til personlighetstrekk. Lovbrysterens personlige egenskaper er imidlertid et moment i vurderingen av om det foreligger gjentagelsesfare, se mer om dette under pkt. 4.3.2.

I likhet med sikring kan forvaring etter gjeldende rett anvendes overfor alle lovbrysterer over den kriminelle lavalder på 15 år, jfr. § 46. Straffelovkommisjonen fremsatte i 2002 forslag om at forvaring bare skulle kunne idømmes lovbrysterer over 18 år. Begrunnelsen var at unge lovbrysterer har større potensial for modning og endring, og at "forutsigelser om fremtidig farlighet vil være særlig usikre" for denne gruppen. Det ble også vist til at en tidsubestemt frihetsstraff kan virke særlig belastende for unge mennesker, jfr. NOU 2002:4 s. 253. Departementet støttet ikke forslaget i den oppfølgende proposisjonen i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004). Det ble der anført at det også blant unge kan være lovbrysterer som utgjør en særlig fare for andre. Videre ble det sagt at de strenge forvaringsvilkårene uansett sjelden ville være oppfylt for lovbrysterer under 18 år, se s. 281-282. På bakgrunn av hensynene som taler mot forvaring av unge lovbrysterer, foreslo imidlertid departementet på s. 282 at det skulle innføres en egen tidsramme for denne gruppen. Ny strl. § 43 første ledd annet punktum lyder dermed som følger: "Var den domfelte under 18 år på handlingstidspunktet, bør tidsrammen vanligvis ikke overstige 10 år, og den kan ikke overstige 15 år." Dette innebærer at tidsrammen for forvaring overfor unge lovbrysterer tilsvarer den nye maksimumstiden for fengselsstaf for denne gruppen, jfr. ny strl. § 33.

I høyesterettsavgjørelsene som har omhandlet unge lovbrysterer viser domstolen tilbakeholdenhet med å idømme forvaring. I Rt-2002-1677 var domfelte 20 år på domstidspunktet, og hans unge alder var et moment som ble tillagt avgjørende vekt i vurderingen av om det forelå gjentagelsesfare. Tiltaltes lave alder var også avgjørende i Borgarting lagmannsretts dom av 30. november 2006 (LB-2006-107796), der en 16 år

gammel gutt ikke ble idømt forvaring, til tross for at alle vilkårene var oppfylt. Denne dommen vil bli nærmere omtalt i pkt. 4.5.

Siden sikring ikke var straff og kunne benyttes overfor både tilregnelige og uttilregnelige, var subjektiv skyld ikke et vilkår. For forvaring derimot, må alle straffbarhetsvilkår være oppfylt, både de objektive og de subjektive. At det forutsettes subjektiv skyld er i tillegg understreket i bestemmelsens ordlyd, jfr. § 39c nr. 1 første punktum ”finnes skyldig”. Når det gjelder skyldkravet, kan det stilles spørsmål ved om det kreves forsett eller om det er tilstrekkelig med uaktsomhet. Et krav om forsett vil etter min mening være mest i samsvar med at det er lovbrysterens farlighet som skal vurderes, og at det er de kvalifisert farlige lovbrysterne som samfunnet trenger beskyttelse mot. Spørsmålet er bare så vidt nevnt i forarbeidene, hvor departementet uttaler at uaktsomhetsforgåelser normalt ikke vil omfattes av forvaringsbestemmelsen, da det for slike handlinger vil være mer hensiktsmessig med en tidsbestemt straff.¹⁵ Uttalelsen er uklar og utelukker ikke at det også kan idømmes forvaring ved uaktsomhetsforgåelser. Rieber-Mohn (2003) nr. 4 s. 37 påpeker at for eksempel uaktsomt drap vil kunne omfattes av ordlyden. Spørsmålet har foreløpig ikke vært prøvet i rettspraksis, men jeg vil anta at det skal mye til før uaktsomme overtredelser er tilstrekkelig grunnlag for å idømme forvaring. Sammenlignet med forsettlige handlinger vil uaktsomhetsforgåelser i mindre grad indikere at lovbrysteren er særlig farlig, og tilregnelige lovbrystere kan uansett idømmes en tidsbestemt straff. Dette kan ses i sammenheng med særreaksjonene tvungent psykisk helsevern og tvungen omsorg for utilregnelige lovbrystere. Disse kan ikke straffes, og overfor denne gruppen er det antatt at uaktsomhet er tilstrekkelig, jfr. Matningsdal/Bratholm (2003) s. 295.

¹⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

3 Anvendelsesområdet

Sikringens anvendelsesområde var etter ordlyden vid, siden sikring kunne idømmes for alle lovovertridelser, også forseelser. Sikringsinstituttet ble kritisert for å inkapasitere plagsomme tilbakefallsforbrytere i stedet for å ramme de egentlig farlige lovbrøtterne, og Røstad (1966) s. 155 anførte at sikring i enkelte tilfeller ble benyttet når det hadde vært tilstrekkelig å kun idømme fengselsstraff. Praksisen ble imidlertid strammet inn på grunn av denne kritikken. I Bratholm/Matningsdal (1991) s. 132 kommer det frem at anvendelsesområdet for sikring stadig ble snevret inn fra 1960- og 1970- tallet med henhold til hvilke lovbrudd som kunne kvalifisere til sikringsdom, og at sikring i nyere tid stort sett bare ble benyttet ved alvorlige volds- eller sedelighetsforbrytelser. Angående dette trakk Særreaksjonsutvalget i NOU 1990:5 s. 22 frem at Høyesterett i de senere år hadde ”vist atskillig tilbakeholdenhet med bruk av sikringsbemyndigelser” i tilfeller der det var begått gjentatt vinningskriminalitet. Dette kommer også frem i Rt-1980-1490, hvor en mann var funnet skyldig i en rekke forbrytelser som både når det gjaldt utførelse og omfang var av graverende karakter. Alle tilhørte imidlertid kategorien vinningsforbrytelser, og under henvisning til høyesterettspraksis i de senere år, der vinningsforbrytelser ikke hadde begrunnet anvendelse av sikring, ble sikringsmidler ikke bemyndiget. Det ble likevel tilføyd at ”vurderingen av spørsmålet om bruk av sikring vil kunne få et annet utfall, dersom domfelte igjen skulle bli felt for slike forbrytelser. Overfor forbrytelser med en utpreget karakter av hærværk og grov tilgrising kan det bli påkrevd å gi påtalemyndigheten bemyndigelse til å anvende sikringsmidler”, se s. 1493. Det ble dermed ikke utelukket at sikring kunne benyttes ved gjentatte krenkelser av formuesgoder, og i Rt-1982-1594 ble en 20 år gammel mann under dissens (3-2) idømt sikring for vinningsforbrytelser og narkotikaovertridelser, jfr. pkt. 4.5. Dommen hører imidlertid til unntakene.

Hovedanvendelsesområdet for forvaringen skulle i følge forarbeidene være ”ved kriminalitet som etter tradisjonell straffutmåling vil medføre fra noen måneders opp mot 6-8 års fengsel”.¹⁶ Denne grensedragningen var basert på en gjennomgang av Høyesteretts praksis i sikringssaker og ble begrunnet med at en lang alternativ fengselsstraff ville gi samfunnet vern mot lovbrøyteren i lang tid. I tilfeller der det var aktuelt med en lengre fengselsstraff, ville det i tillegg være mer usikkert om domfelte fortsatt ville være farlig etter endt soning. Særreaksjonsutvalget uttalte i denne sammenheng at ”domstolene ikke vil ha et forsvarlig grunnlag til å forutsi gjentakelse av alvorlig kriminalitet hvis den alternative tidsbestemte straffen er lengre”.¹⁷ Det ble altså antatt at det var ved korte fengselsstraffer behovet for en tidsubestemt reaksjon ville være størst. Likevel ønsket verken Særreaksjonsutvalget eller departementet å lovfeste at forvaring bare skulle anvendes der den alternative fengselsstraffen maksimalt var beregnet til 6-8 års fengsel. Dette begrunnet de med at det i virkeligheten kan oppstå tilfeller der en særreaksjon kan anses nødvendig, selv om den begåtte kriminalitet kvalifiserer til en meget lang tidsbestemt straff. Videre kunne en lovfesting av anvendelsesområdet medføre økt bruk av lange fengselsstraffer for lovbrudd som falt utenfor de fastsatte rammene.¹⁸

I Matningsdal/Bratholm (2003) s. 315 ble det antydnet at forutsetningen om at hovedanvendelsesområdet for forvaring skulle være ved lave og mildere alternative tidsbestemte straffer ble forlatt ved lovens behandling i Stortinget i 1996. Grunnen var at den opprinnelige foreslåtte maksimale tidsrammen på 15 år og den maksimale minstetiden på 5 år ble utvidet av Justiskomiteen i Innst.O. nr. 34 (1996-1997) til henholdsvis 21 og 10 år. Justiskomiteens begrunnelse for utvidelsen av tidsrammen var at ”en dom på forvaring ikke skal være kortere enn det en dom på ubetinget fengsel ville vært”, mens minstetiden ble utvidet fordi det ”kunne bringe hele instituttet med forvaring i vanry dersom eksempelvis en som tidligere er dømt for drap og blir dømt for drap igjen kan ilegges forvaring som er vesentlig kortere enn den tiden en annen som blir dømt for en

¹⁶ NOU 1990:5 s. 112 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 86.

¹⁷ NOU 1990:5 s. 113

¹⁸ NOU 1990:5 s. 113 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 86.

tilsvarende forbrytelse må sone i fengsel før prøveløslatelse kan skje”, jfr. innstillingens s. 22. I sin artikkel i Juristkontakt¹⁹ stilte Rieber-Mohn seg spørrende til Justiskomiteens retorikk, da det uansett ville ligge en større grad av samfunnsbeskyttelse ved en forvaringsdom med en tidsramme på 15 år enn ved en tidsbestemt fengselsstraff på 21 år, siden forvaringen kan forlenges.

Under henvisning til NOU 1990:5 s. 110 flg., trakk Høyser/Syse (1991) frem to argumenter som talte mot at forvaring bare ville bli brukt i få og spesielle tilfeller. For det første pekte de på at det var så vidt spenn i den aktuelle strafferamme, fra noen måneders opp mot 6-8 års fengsel, og at forvaring dermed kunne bli brukt i vid utstrekning uten at det var i strid med utvalgets intensjoner. For det annet mente de at det lett kunne skje en objektivisering av vilkårene slik at det lett kunne gå automatikk i å idømme forvaring når disse er oppfylt. Denne siste innvendingen må de sies å ha fått noe rett i. Høyesterett har ved flere anledninger uttalt at det skal mye til for å ikke idømme forvaring når vilkårene først er oppfylt. Se mer om dette under pkt. 4.5.

Straffelovkommisjonen fremhevet at den nye forvaringsstraffen skulle brukes med forsiktighet, og i NOU 1983:57 s. 199 ble det uttalt at forvaring ”er et så alvorlig inngrep at det bør begrenses til rene unntakstilfeller, dvs. bare overfor et lite antall personer i året”. Videre ble det også understreket at anvendelsesområdet for forvaringen ville bli snevrere enn for sikringen på grunn av de strenge forvaringsvilkårene. Innføringen av forvaring skulle dermed føre til at færre tilregnelige kunne bli idømt en tidsubestemt reaksjon enn hva som var tilfellet under sikringsinstituttet.²⁰ Johnsen og Storviks undersøkelse fra 2006²¹ viser at det i de fire første årene av forvaringsinstituttets eksistens ble avsagt mellom 21 og 38 forvaringsdommer. Flere av disse var konverteringsdommer, men slike vil i tiden fremover sjelden forekomme. Antall nye forvaringsdommer fra 2002 til og med 2005 lå på mellom 10 og 19. Til sammenligning ble det mellom 1992 og 2001 avsagt mellom 18 og 43

¹⁹ Rieber-Mohn (2003) nr. 5 s. 35.

²⁰ NOU 1990:5 s. 113 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 83

²¹ Johnsen/Storvik (2006) s. 53

avgjørelser der sikring kom i tillegg til straff, og antall forvaringsdommer ligger dermed litt i underkant av det laveste antall sikringsdommer som ble avsagt i sikringens siste tiår. Straffelovskommisjonens antagelser om "rene unntakstilfeller" og "et lite antall personer i året", kan altså foreløpig ikke sies å ha slått til med full styrke når det gjelder omfanget av bruken av forvaring.

4 De materielle vilkår i § 39c nr. 1

4.1 En kort presentasjon

I § 39c nr. 1 oppstilles tre kumulative vilkår for at forvaring skal kunne idømmes. Det første, et skjønnsmessig grunnvilkår, er at ”en tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet”. Det andre vilkåret er et objektivt særvilkår og stiller et kvalifisert krav til den begåtte forbrytelsen. Lovbryteren må etter ordlyden ha begått eller forsøkt å begå ”en alvorlig voldsforbrytelse, seksualforbrytelse, frihetsberøvelse, ildspåsettelse eller en annen forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet eller utsatte disse rettsgodene for fare”. Det tredje vilkåret er et skjønnsmessig særvilkår med krav om at det må være ”nærliggende” fare for at lovbryteren på ny skal begå en alvorlig forbrytelse som nevnt.

4.2 Første særvilkår – alvorlig forbrytelse

4.2.1 Innledning

Sikringsbestemmelsen stilte ikke kvalifiserte krav til lovbruddets alvorlighet, og sikring kunne idømmes på grunnlag av enhver ”straffbar handling”, jfr. gml. § 39 nr. 1. Både forseelser og forbrytelser kunne dermed ligge til grunn for en sikringsdom. Ved innføring av forvaringsstraffen ble kravet til lovbruddet skjerpet, og det er nå et vilkår at det er begått en ”forbrytelse”.²² Likevel kan ikke alle forbrytelser danne grunnlag for en forvaringsdom, forbrytelsen må for det første være alvorlig. Høyesterett uttalte i Rt-2003-1257 avsnitt 35 at

²² Skillet mellom forbrytelser og forseelser er fjernet i ny straffelov. Dette vil imidlertid ikke påvirke anvendelsesområdet for forvaringen, jfr. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 276.

kvalifikasjonen ”alvorlig” er tatt inn for å ”begrense bruken av forvaring til særlig farlige lovbrøyttere for å beskytte mot de farligste forbrytelsene”. Etter § 39c nr. 2 kan det også idømmes forvaring når det er begått en ”mindre alvorlig forbrytelse” av samme art som nr. 1, men de andre vilkårene i denne bestemmelsen er strengere enn etter nr. 1. Kravet til forbrytelsen er dermed i høy grad skjerpet i forhold til sikringsbestemmelsen.

For det andre er det etter ordlyden i § 39c nr. 1 et krav at forbrytelsen har ”krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare.” Straffelovrådet begrunnet avgrensingen med at dette er helt fundamentale rettsgoder som samfunnet er forpliktet til å verne om.²³ Det er altså den personlige integritet som er forvaringens beskyttelsesverdige interesse, hvilket innebærer at formuesforbrytelser klart faller utenfor lovens ordlyd og ikke kan kvalifisere til forvaring. Dette var et bevisst valg fra Straffelovrådets side, og det er her vi finner en av de største innskrenkningene i anvendelsesområdet i forhold til sikringsinstituttet.²⁴ Straffelovrådet avgrenset også anvendelsesområdet mot lovbrudd som utelukkende krenker offentligrettslige eller allmenne interesser og forulempinger av psykisk integritet, f.eks. fredsforstyrrelser. For sistnevnte kategori ble det åpnet for unntak dersom de var av en slik art at det kunne kalles ”psykisk tortur”.

Det er videre et krav at de nevnte rettsgodene har blitt utsatt for konkret og direkte fare, jfr. ordlyden ”utsatte” og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 110-111. Ved særreaksjonene tvungent psykisk helsevern og tvungen omsorg er det til sammenligning tilstrekkelig med abstrakt farefremkallelse. Årsaken til at kravet er strengere i § 39c, er at man for tilregnelige personer alternativt kan anvende fengsel. Dette innebærer at alvorlige narkotikaforbrytelser (§ 162 annet ledd), som utgjør en mer indirekte fare, i følge departementet ikke vil falle ”naturlig inn under forvaringens anvendelsesområde”.²⁵ Uttalelsen er imidlertid uklar og kan tolkes slik at det kan gjøres unntak fra dette utgangspunktet, men dette har meg bekjent så langt ikke vært vurdert i rettspraksis.

²³ NOU 1974:17 s. 90.

²⁴ NOU 1974:17 s. 13 og s. 90.

²⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

§ 39c likestiller forsøk og fullbyrdet forbrytelse. Grunnen er at det ved straffbart forsøk, jfr. § 49, ofte foreligger fullbyrdesforsett og dermed ikke er mangler på den subjektive siden. Når det gjelder de objektive vilkårene for at det skal være en fullbyrdet forbrytelse, kan det være rent tilfeldig og utenfor gjerningspersonens kontroll at disse ikke er oppfylt.²⁶ Den fremtidige farlighet vil således ofte være like stor uansett om lovbyrteren er ”skyldig i å ha begått eller forsøkt å begå” forbrytelsen.

4.2.2 Konkurrentstiltaler

For å idømme forvaring, er det tilstrekkelig at lovbyrteren har begått én alvorlig forbrytelse. I mange saker foreligger det imidlertid brudd på flere bestemmelser i straffeloven, hvilket medfører at det foreligger real- eller idealkonkurrens, jfr. § 62. Domstolene tar da som oftest utgangspunkt i ”hovedlovbruddet”, dvs. det lovbruddet som anses som mest alvorlig, og vurderer dette opp mot forbrytelsesvilkåret. I andre tilfeller er det mer tvilsomt om de enkelte lovbruddene hver for seg oppfyller kravet til alvorlig forbrytelse. Høyesterett har da i flere saker sett forbrytelsene i sammenheng og vurdert om den totale alvorligheten har medført at vilkåret er oppfylt.

I Rt-2002-1683 ble forvaring idømt som forlengelse av sikring. Gjerningsmannen var dømt for flere tilfeller av vold og drapstrusler overfor samboeren, og volden var utført blant annet ved slag, spark, biting, risping med kniv og kvelningsforsøk. Høyesterett uttalte på s. 1685 at ”voldshandlingene i sammenheng med de grove truslene samboeren ble utsatt for er *alvorlige forbrytelser* i henhold til §39c nr. 1 første punktum”(min uth.). Det ble ikke tatt stilling til om legemsbeskadigelsene etter § 229 første straffalternativ var alvorlig voldsforbrytelser, da de sett i sammenheng med truslene uansett kunne subsumeres under alternativet ”annen alvorlig forbrytelse” i samlebetegnelsen.

²⁶ Rieber-Mohn (2003) nr. 4 s. 37.

I Rt-2005-301 ble det ilagt forvaring for grov legemsbeskadigelse under skjerpene omstendigheter etter § 231, jfr. § 232, og trusler. Domfelte, som var i underkant av 21 år på gjerningstidspunktet, hadde løpt etter fornærmede B, kastet seg over ham bakfra og tilført ham et livstruende knivstikk i ryggen. Etterpå hadde han, fortsatt med kniven i hånden, løpt etter en annen, C, som fikk forskanset seg bak en dør. Domfelte hogget kniven i døren og ropte at han skulle "ta ham". Om dette uttalte Høyesterett i avsnitt 12:

"Det er på det rene at domfellelsen for grov legemsbeskadigelse overfor fornærmede B er en "alvorlig voldsforbrytelse" etter straffeloven §39 c nr. 1 første alternativ. Jeg ser det heller ikke som tvilsomt at truslene mot fornærmede C må bedømmes som "annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet", jf. samme bestemmelse annet alternativ".

Begge lovbruddene kunne dermed alene ha medført forvaring.²⁷

En annen dom der Høyesterett har sett på det totale omfanget av de begåtte forbrytelser er Rt-2004-606. En 69 år gammel mann var her funnet skyldig i sedelighetsforbrytelser mot barn, og dommen inneholder flere interessante uttalelser om hvilke seksualforbrytelser som kan kvalifisere til forvaring. Seks av overgrepene var begått overfor en 14 år gammel gutt og ble subsumert under § 196. Domfelte hadde ved fem anledninger "presset sitt kjønnsorgan mot guttens endetarmsåpning" og ved ett tilfelle masturbert guttens kjønnsorgan. Bestemmelsen i § 196 er ikke nevnt som aktuelt grunnlag for forvaring i forarbeidene, og om dette uttalte førstvoterende i avsnitt 12:

"Bestemmelsen i §196 er ikke nevnt. Selv om det understrekes i forarbeidene at de straffebud som omfattes av første punktum i §39 c nr. 1 ikke kan angis presist, og at rettspraksis må trekke grensen for hvilke lovbrudd som i det enkelte tilfellet er tilstrekkelig alvorlige, kan det ikke være uten betydning at §196 ikke nevnes."

På grunnlag av dette ble det ikke utelukket at § 196 kan være et tilstrekkelig grunnlag for å idømme forvaring, men det skulle etter Høyesteretts mening mye til for at dette kunne skje. Overgrepene mot gutten ble vurdert som grove, siden domfelte "bevisst hadde knyttet familien til seg i den hensikt å utnytte sønnen seksuelt". Likevel ble de ikke ansett å være

²⁷ Se mer om trusler i pkt. 4.2.4.

blant de alvorligste, og førstvoterende mente at det ikke var ”vanskelig å tenke seg alvorligere forbrytelser mot straffeloven § 196”. Etter en konkret vurdering ble det i avsnitt 14 konkludert med at overgrepene ikke innebar en så kvalifisert overtredelse av § 196 at det kunne kalles en alvorlig seksualforbrytelse etter § 39c nr. 1. Mannen var også funnet skyldig i forsøk på utuktig omgang med en 12 år gammel gutt etter § 195, jfr. § 49, ved at han ”beveget ... sitt stive kjønnsorgan mot Bs endetarmsåpning for å oppnå analt samleie med ham”. Høyesterett erklærte at det skal atskilling mindre til for at vilkåret er oppfylt ved overtredelser av § 195, men ”heller ikke da vil enhver overtredelse uten videre kunne betegnes som en alvorlig seksualforbrytelse”, jfr. avsnitt 13. Siden forsøket ble avbrutt da gutten forlot sengen og domfelte ikke gjorde ytterligere tilnærmelser senere, ble forsøket ikke ansett alvorlig nok til å oppfylle vilkåret i § 39c, jfr. avsnitt 14. Selv om ingen av overtredelsene isolert sett var tilstrekkelig alvorlige til at forbrytelsesvilkåret var oppfylt, uttalte Høyesterett i avsnitt 13 at overtredelsene måtte ses i sammenheng. Domstolen var i atskillig tvil, men etter en totalvurdering i avsnittene 14 og 15 ble det enstemmig konkludert med at handlingene sett i sammenheng ikke kunne karakteriseres som alvorlige seksualforbrytelser etter § 39c nr 1.

4.2.3 Lovbruddskategoriene

I § 39c nr. 1 nevnes ”alvorlig voldsforbrytelse, seksualforbrytelse, frihetsberøvelse og ildspåsettelse” som eksempler på forbrytelser som antas å være særlig aktuelle som grunnlag for å idømme forvaring. Dette er lovbrudd som ofte også var grunnlag for sikring. Pr. 7. februar 2007 var 56 lovbrøyttere idømt forvaring på grunn av sedelighetsforbrytelser, hvilket utgjør 46 % av alle avsagte forvaringsdommer i denne perioden. Det er dermed denne lovbruddskategorien som oftest medfører forvaring, se vedlegg 1. Noe av grunnen til at vi finner så mange dommer her, kan være at seksualforbrytere ofte har begått lignende handlinger tidligere. Gjentatte seksuelle overgrep kan ha nær sammenheng med atypiske tilbøyeligheter og karakteravvik hos lovbrøytteren, hvilket medfører at gjentagelsesfaren kan anses særlig nærliggende. En vanlig fengselsstraff vil i liten grad kunne bidra med den

oppfølging og behandling som må til for å hindre ny overgrep, og således kan vilkårene for å idømme forvaring lettere være oppfylt for denne gruppen.

Alvorlig seksualforbrytelse vil først og fremst være voldtekt (§ 192), men også tilfeller der lovbrysterer skaffer seg seksuell omgang ved misbruk av stilling (§ 193) eller har seksuell omgang med barn under 14 år (§ 195) kan omfattes av denne lovbruddskategorien.²⁸ I Rt-2005-149 var domfelte funnet skyldig i voldtekt til seksuell omgang ved at han ”dro ... B etter håret og dyttet henne rundt i huset og/eller slåss med henne. Deretter, og mot hennes vilje, masturberte han henne og/eller førte han en eller flere fingre inn og ut av skjeden hennes”. Vilåret var klart oppfylt, jfr. avsnitt 10, og det trenger altså ikke være voldtekt til samleie for at overgrepet er en ”alvorlig seksualforbrytelse” etter § 39 c nr. 1.

Til kategorien ”alvorlig voldsforbrytelse” hører i følge forarbeidene primært drap (§ 233) og grov legemsbeskadigelse (§ 231).²⁹ Drap og drapsforsøk vil i praksis ofte medføre lange tidsbestemte straffer, og en skulle dermed tro at en fengselsstraff i de fleste tilfeller vil være tilstrekkelig til å verne samfunnet. Likevel var 34 personer ilagt forvaring for drap pr. 7. februar 2007, og dette er dermed den lovbruddskategorien som kommer etter seksualforbrytelsene i forvaringsstatistikken, jfr. vedlegg 1. Høyesterett har behandlet tolv saker der drap eller drapsforsøk var hovedlovbruddet, og i samtlige ble det slått fast at vilåret ”alvorlig voldsforbrytelse” var oppfylt. I Straffelovrådets lovutkast³⁰ ble drap inntatt i ordlyden, men i de etterfølgende forarbeidene er drap kun nevnt som et eksempel på ”alvorlig voldsforbrytelse”, uten at det sies noe om hvorfor denne løsningen er valgt. En stor andel av de sikringsdømte var drapsforbrytere, og det var nok ikke på grunn av disse det var ønskelig å skjerpe kravene for å illegge særreaksjonsdom. Det er derfor etter min mening noe underlig at drap ikke nevnes spesifikt i forvaringsbestemmelsen. Det er alminnelig antatt i norsk rett at vold innebærer en kraftanvendelse, jfr. Rt-1922-73 s. 74 og Andenæs/Bratholm (1996) s. 43, men drap behøver nødvendigvis ikke å være utøvd ved

²⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 106, jfr. s. 111.

²⁹ NOU 1990:5 s. 84, jfr. s. 114 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 106, jfr. s. 111.

³⁰ NOU 1974:17 s. 147.

bruk av vold. Dette kan eksemplifiseres med drap der det er benyttet gift eller gass. Så vidt jeg vet er dette verken problematisert i teori eller i rettspraksis, og i Rt-2005-284, der en mann tok livet av sin tidligere kjæreste med gift, omtaler Høyesterett den gradvise og smertefulle forgiftningen som voldshandlinger, jfr. avsnitt 15. At drap er ført inn under ”alvorlig voldsforbrytelse” i forarbeidene har således ingen betydning for bruken av bestemmelsen i praksis.

I følge departementet gir vanlig legemsbeskadigelse etter § 229 første straffalternativ i utgangspunktet ikke grunnlag for forvaring. Når legemsbeskadigelsen medfører død eller betydelig skade, jfr. tredje straffalternativ, utelukkes det imidlertid ikke at vilkåret ”alvorlig voldsforbrytelse” kan være oppfylt.³¹ I rettspraksis har § 232 (skjerpende omstendigheter) blitt trukket inn som argument for at forvaring også kan idømmes i disse tilfellene, og det foreligger to saker der Høyesterett har vurdert om voldsutøvelse subsumert under § 229 første straffalternativ, jfr. § 232, kan gi grunnlag for forvaring. I konverteringsdommen i Rt-2003-1257 konstaterte førstvoterende at legemsbeskadigelse etter strl. § 229 første straffalternativ som utgangspunkt ikke kan gi grunnlag for dom på forvaring, da dette ville medføre en utvidelse av anvendelsesområdet i forhold til hva det gis uttrykk for i forarbeidene. Videre ble det påpekt at dette kan stille seg annerledes dersom legemsbeskadigelsen er begått under skjerpende omstendigheter og at overtredelse av § 229 første straffalternativ, jfr. § 232, etter en konkret bedømmelse kan være en ”alvorlig voldsforbrytelse”, jfr. avsnitt 36. I denne saken var domfelte funnet skyldig i to slike overtredelser. Den første gjaldt uprovosert vold mot en forsvarsløs kvinne ved at han skallet og slo henne flere ganger. Kvinnen ble påført lettere skader og ble sykmeldt i en uke. I det andre tilfellet ble en mann tilført slag og spark i ansikt, mage og bryst. Han ble påført nesebrudd og hadde i tillegg store problemer med å bevege seg dagene etterpå. Høyesterett mente at ”legemsbeskadigelsene skjedde under særdeles skjerpende omstendigheter”, men fant under tvil at de ”ikke hadde den grovhet og det omfang som den tidsubestemte særreaksjon forvaring er ment å omfatte”, jfr. avsnitt 37. Vilkaåret ”alvorlig

³¹ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 106.

voldsforbrytelse” var derimot oppfylt i Rt-2003-1787. Domfelte hadde her i forbindelse med en pengeinnkreving tatt ladegrep på en pistol og siktet mot fornærmedes hode. Idet fornærmede reiste seg, ble han truffet av et skudd i armen. Da det var tilfeldig at hovedpulsåren ikke ble rammet av skuddet, lå forholdet nært opp til forsettelig drapsforsøk. Høyesterett mente at handlingen utvilsomt var en ”alvorlig voldsforbrytelse” etter § 39c nr. 1, og uttalte under henvisning til Rt-2003-1257 at ”det vil generelt være slik at forbrytelser mot straffelovens §229 lettere vil kunne gi grunnlag for forvaringsdom dersom også §232 får anvendelse”, med den begrunnelse at ”flere av alternativene i §232 vil kunne indikere en særlig farlighet”, jfr. avsnitt 14.

Med uttalelsene i Rt-2003-1257 legges lista høyt når det gjelder hva som skal til for at ”vanlig” legemsbeskadigelse begått under skjerpene omstendigheter kan medføre forvaring, og dette må anses å være i tråd med forarbeidenes uttalelser om forvaringens anvendelsesområde. Ser man på de to dommene i sammenheng, ser det ut til at konsekvensene av legemsbeskadigelsen blir tillagt avgjørende betydning, og at Høyesterett mener det må ha vært reell fare for betydelig skade eller tap av menneskeliv for at forvaring skal kunne idømmes på grunnlag av § 229 første straffalternativ, jfr. § 232.

Forbrytelser som rammes av ”alvorlig ildspåsettelse” vil først og fremst være brudd på den såkalte mordbrannparagrafen i § 148. Særreaksjonsutvalget forutsatte at bestemmelsen bare kunne gi grunnlag for forvaringsdom dersom handlingen medførte skade eller død, eller satte menneskeliv i fare.³² I Matningsdal/Bratholm (2003) s. 316 uttrykkes det usikkerhet om det i dette ligger noen begrensning utover ordlyden i § 148 (”volder ildebrann ... hvorved tap av menneskeliv ... lett kan forårsakes”). Etter min mening er det her samsvar mellom forarbeidsuttalelsen og ordlyden i § 148. I de tilfellene der en brann har medført personskaade, kan det ofte være tilfeldig at konsekvensene ikke ble større, og når tap av menneskeliv ”lett kan forårsakes”, kan det ikke være tvilsomt at andres liv har blitt utsatt for fare, som er vilkåret i § 39c.

³² NOU 1990:5 s. 114.

I følge forarbeidene kan også grovt skadeverk etter § 291, jfr. § 292, være tilstrekkelig grunnlag for at det foreligger en alvorlig ildspåsettelse etter § 39 c nr. 1, forutsatt at vilkåret i § 292 andre ledd, ”voldt ... fare for noens liv eller helbred” var oppfylt. Departementet mente dette særlig ville være relevant ”når det skyldes tilfeldigheter at handlingen ikke medførte slik fare at §148 ble aktuell.”³³ Høyesterett har pr. i dag ikke uttalt seg om dette, men i en dom avsagt av Borgarting lagmannsrett 11. november 2006 (LB-2006-107796) ble det lagt til grunn at ”ildspåsettelse etter straffeloven § 291, jfr. § 292, som konkret har satt menneskers liv og helse i fare, kvalifiserer til forvaring etter § 39 c nr. 1”. Det ble videre uttalt at det etter § 39c nr. 1 er ”tilstrekkelig at det i objektiv henseende oppsto en konkret fare som utgikk fra den straffbare handling”. Saken omhandlet blant annet brannstiftelse av en barnevernsinstitusjon. Tiltalte hadde ved truende atferd tvunget den ansatte til å søke tilfukt i et kjellerrom med begrensede fluktmuligheter og deretter satt huset i brann. Lagmannsretten fant det hevet over enhver tvil at tiltalte hadde utsatt den ansatte for fare, og i vurderingen ble det vektlagt at tiltalte forlot huset uten å varsle om at det brant. Retten fant på dette grunnlag at ildspåsettelsen oppfylte vilkåret i § 39c nr. 1.

4.2.4 Samlebetegnelsen og medvirkning

Særreaksjonsutvalget presiserte i NOU 1990:5 s. 114 at det ikke var meningen å avgrense forbrytelseskategoriene presist. Videre ble det sagt at det ville bero på rettsmyndighetenes skjønn og utviklingen i praksis å fastslå hvilke bestemmelser i straffeloven som kan omfattes av de enkelte forbrytelseskategoriene i forvaringsbestemmelsen. Forbrytelser som ikke naturlig faller inn under noen av de nevnte kategoriene kan imidlertid subsumeres under alternativet ”annen alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, eller utsatte disse rettsgodene for fare”. Departementet nevnte sprengning (strl. § 148),

³³ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111, jfr. s. 107.

flykapring (§ 151a), forgiftning av drikkevann (§ 152) og alvorlige trusler (§ 227) som eksempler på lovbrudd som kan falle inn under denne samlebetegnelsen.³⁴

Når det gjelder alvorlige trusler, kan slike etter omstendighetene være en krenkelse mot andres frihet. I Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111 ble det slått fast at trusselen må være av kvalifisert art for at den skal kunne danne grunnlag for forvaring. Det er altså i utgangspunktet ikke tilstrekkelig at mottakeren oppfatter den som alvorlig ment. Videre må det i tillegg være ”overveiende sannsynlig at den som fremsatte trusselen ville ha realisert den dersom visse, rimelig nærliggende forutsetninger var oppfylt”. Departementet begrunnet kvalifikasjonskravet med forvaringens formål, altså at det er de ”særlig farlige volds - og voldspregete forbrytelser samfunnet skal beskyttes mot”. Etter dette må det dermed forutsettes at handlingen det trues med må være en ”alvorlig forbrytelse” etter § 39 c nr. 1 for at trusselen kan anses alvorlig nok til å falle inn under samlebetegnelsen.

Tre tilfeller av ran har vært oppe for Høyesterett, og i alle sakene ble det lagt til grunn at grove ran kan medføre forvaring. Den første dommen er interessant da den dreier seg om et grensetilfelle, mens de to andre viser at også medvirkning kan være tilstrekkelig for å idømme forvaring.

Dommen i Rt-2002-1677 omhandlet tre gutter i alderen 17-18 år som bevæpnet med kniver ranet en videoforretning. De hadde løpt inn i forretningen, ropt etter penger og fulgt etter den ansatte da hun søkte tilflukt på bakrommet. Der hadde en av de tiltalte vist kvinnen en kniv, men den hadde ikke blitt viftet med. Høyesterett mente dette klart ikke var tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret om ”alvorlig voldsforbrytelse”, jfr. s. 1680. De drøftet så om ranet kunne henføres under alternativet ”annen alvorlig forbrytelse”. Angående dette uttalte førstvoterende på s. 1680 at ”selv om ethvert ran må betraktes som et alvorlig lovbrudd ... er det ikke slik at alle ran kan danne grunnlaget for en forvaringsdom”. På s. 1681 fastslo Høyesterett at det måtte foretas en konkret vurdering der det særlig skulle

³⁴ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

legges vekt på ”styrken og alvoret i volds- og/eller trusselinnslaget”. Da vilkåret om gjentakelsesfare uansett ikke var oppfylt, ble det ikke tatt stilling til om dette ranet var tilstrekkelig alvorlig, og på s. 1681 ble det konstatert at det uansett syntes å være et grensetilfelle.

Vilkåret var imidlertid oppfylt i Rt-2005-941, som omhandlet forsøk på grovt ran mot en eldre kvinne i hennes hjem. I vinnings hensikt dro domfelte og en kamerat hjem til kvinnen, som domfelte kjente fra tidligere og både hadde lånt og stjålet penger fra. Da hun åpnet døren slo kameraten kvinnen i hodet med en stein, og selv om domfelte så at hun ble skadet, begynte han å lete etter penger. Da kvinnen begynte å skrike, ba domfelte kameraten om å stoppe skrikingen ved å holde henne for munnen. Kameraten gjorde som han fikk beskjed om, men i tillegg holdt han rundt kvinnenes hals og slo henne både med steinen og hånden. En nabo kom til og oppfordret domfelte til å stanse voldsutøvelsen, men han reagerte ikke. Naboen klarte imidlertid selv å stanse mishandlingen og avbryte ranet. I saken dukket det opp to spørsmål knyttet til forbrytelsen. Det første var om ransforsøket falt inn under samlebetegnelsen ”annen alvorlig forbrytelse”. Høyesterett konkluderte med at ransforsøket var tilstrekkelig grovt til at vilkåret i § 39c nr. 1 var oppfylt, da det var utøvd grov vold mot en forsvarsløs kvinne. At ranet ikke ble fullbyrdet kunne i dette tilfellet ikke tillegges nevneverdig betydning, jfr. avsnitt 16. Ran er en sammensatt forbrytelse som inneholder både et volds- eller trusselelement og et vinningselement. Som vi ser av hendelsesforløpet er volden utført; det er krenkelsen av formuesgodene som ikke er fullbyrdet. Med tanke på at forvaringsbestemmelsen primært tar sikte på å verne om liv, helse og frihet, og ikke formuesgoder, er det etter min mening naturlig at Høyesterett her ikke legger vekt på at ranet ikke ble fullbyrdet. Dette er også i tråd med lovens ordlyd, som likestiller forsøk og fullbyrdet forbrytelse. Det andre spørsmålet i saken var om tiltaltes medvirkning var tilstrekkelig til å idømme forvaring. Om medvirkning uttalte Høyesterett i avsnitt 19 at det generelt må være slik at ”en som er domfelt for medvirkning, alt etter hvilken rolle han har spilt, vil kunne bedømmes på en annen måte enn hovedmannen ved vurderingen av om det første vilkåret i §39c nr. 1 er oppfylt”. Voldsutøvelsen var her også omfattet av domfeltes forsett siden han både så og hørte at kameraten utøvde vold mot

kvinnen, men likevel begynte å lete etter penger uten å gripe inn. I tillegg var det domfelte som hadde benyttet seg av sitt kjennskap til fornærmede og var initiativtaker. På bakgrunn av dette ble det i avsnitt 20 konkludert med at domfeltes medvirkning var tilstrekkelig til at forbrytelsesvilkåret var oppfylt.

Spørsmålet om medvirkning kom også opp i Høyesterett året etter, da det skulle fastsettes straff for tre menn som hadde medvirket til grovt ran. I Rt-2006-309 avsnitt 15 ble det igjen konstatert at det ikke bare er den som har utført eller forsøkt å utføre ranet som kan idømmes forvaring. Høyesterett forklarte dette med at medvirkeren kan ha spilt en sentral rolle, og at det ofte er tilfeldig hvordan rollene fordeles ved gjennomføringen av forbrytelsen. Sammenholdt med dommen foran viser Høyesterett at det ikke på generell basis kan sies noe om når medvirkning vil være tilstrekkelig, men at det må foretas en konkret og helhetlig bedømmelse av medvirkerens rolle i den enkelte sak.

4.3 Andre særvilkår – gjentagelsesfare

4.3.1 Innledning

Etter § 39c nr. 1 annet punktum er det et vilkår for å idømme forvaring at det må "antas å være en nærliggende fare for at lovbyteren på nytt vil begå en slik forbrytelse", altså en alvorlig forbrytelse av samme karakter som de som kan begrunne forvaring etter nr.1.

Under sikringsinstituttet skulle vurderingen av gjentagelsesfaren foretas på domstidspunktet, jfr. ordlyden "der *er* fare" (min uth.) i gml. § 39 nr. 1. I forarbeidene til forvaringsbestemmelsen ble det grundig drøftet om gjentagelsesfaren skulle vurderes ut fra forholdene på domstidspunktet eller løslatelsestidspunktet.³⁵ Prinsipielt mente både Særreaksjonsutvalget og departementet at det beste var å knytte bedømmelsen til løslatelsestidspunktet, da det er lovbyterens farlighet på dette tidspunkt samfunnet trenger vern mot. Det ble imidlertid konstatert at en slik ordning ville ha mange ulemper, og på grunn av dette ble det avgjort at vurderingen skal foretas på domstidspunktet. Selv om en farlighetsbedømmelse allerede på domstidspunktet ville bli mer usikker siden det er vanskelig å forutse fremtidig farlighet, tilsa hensynet til samfunnsvernet at det ikke kunne kreves full sikkerhet. Det etiske grunnlaget for å idømme tilregnelige lovbytere en særreaksjon ville bli ivaretatt ved å kreve en løpende vurdering av farligheten under soningen av forvaringsstraffen, slik at særreaksjonen ikke skulle vare lenger enn nødvendig, jfr. proporsjonalitetsprinsippet. På dette punkt er det altså ikke gjort noen endringer i forhold til sikringsinstituttet.

Hvilken grad av gjentagelsesfare som skal til for at den skal kunne betegnes som "nærliggende" vil bero på konkrete omstendigheter i den enkelte sak. I forarbeidene ble det uttalt at det i begrepet "nærliggende" ligger at gjentagelsesfaren "må være kvalifisert og på

³⁵ Se NOU 1990:5 s. 106-109 og Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 79-83.

domstidspunktet vurderes som reell”³⁶, og denne formuleringen benyttes hyppig i rettspraksis som utgangspunkt for vurderingen.³⁷ Ordlyden i sikringsbestemmelsen stilte i motsetning til forvaringsbestemmelsen ingen nærmere krav til graden av gjentakelsesfare. Gjennom rettspraksis ble imidlertid kravet til gjentakelsesfaren skjerpet på 1960- og 70-tallet, hvilket medførte at anvendelsesområdet for sikringen ble snevret inn, se Bratholm/Matningsdal (1991) s. 131 der det henvises til uttalelsen i Rt-1988-262 s. 264: ”I nyere rettspraksis har det for anvendelse av sikring vært stilt krav om at det foreligger en *kvalifisert* fare for ny kriminalitet” (min uth.).

I tilknytning til forvaringspraksis når det gjelder tolkningen av begrepet ”nærliggende”, vil jeg trekke frem to dommer der Høyesterett konstaterte at det forelå fare for gjentakelse, men at denne faren ikke var tilstrekkelig nærliggende til å kunne idømme forvaring.

Konverteringsdommen i Rt-2002-1677 omhandlet en 20 år gammel mann som sammen med noen kamerater hadde ranet en videoforretning. Høyesterett mente ranet lå i grensesonen for hva som var alvorlig forbrytelse, jfr. foran under pkt. 4.2.4. På bakgrunn av guttens rusbruk, atferdvansker, manglende impulskontroll, og at han tidligere var domfelt for blant annet legemsbeskadigelser og trusler, kom Høyesterett frem til at det var ”grunn til å frykte for nye straffbare handlinger”. Likevel var det usikkert om det forelå ”en kvalifisert fare for slike særlig farlige gjentakelseshandlinger som forvaringsreaksjonen skal beskytte mot”. Bakgrunnen for tvilen var at mannen var ung, og at de sakkyndige mente domfelte hadde potensial for modning og endret livsførsel. Fremtidsutsiktene var dermed usikre, og denne usikkerheten medførte at Høyesterett ikke kunne konkludere med at gjentakelsesfaren var ”nærliggende”, se s. 1682. Farevurderingen bærer i dette tilfellet noe preg av at Høyesterett var i tvil om ranet var en alvorlig forbrytelse. Det er derfor etter min mening noe usikkert om Høyesterett hadde latt tvilen om gjentakelsesfaren var tilstrekkelig nærliggende få avgjørende betydning for resultatet, dersom det var klart at

³⁶ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

³⁷ Se blant annet Rt-2003-1787 avsnitt 15, Rt-2004-209 avsnitt 11, Rt-2004-1518 avsnitt 33, Rt-2005-1442 avsnitt 19 og Rt-2006-1033 avsnitt 14.

kravet til forbrytelsens alvorlighet var oppfylt. Utfallet av saken synes imidlertid fornuftig. Det ville det ha vært urimelig strengt å ilegge lovens strengeste straff, siden lovbrøyteren var såpass ung og ingen av særvilkårene klart var oppfylt.

I dommen i Rt-2004-606 konkluderte Høyesterett med at vilkåret ”alvorlig seksualforbrytelse ikke var oppfylt, jfr. pkt. 4.2.2. Dommerne var imidlertid i sterk tvil, og av den grunn valgte de å behandle vilkåret om gjentakelsesfare, selv om det ikke var nødvendig av hensyn til utfallet av saken. Den 69 år gamle mannen var dømt for seksuelle overgrep mot tre gutter. Han hadde ikke begått alvorlig forbrytelser tidligere, men overgrepene ga likevel grunnlag for å regne med gjentakelsesfare. På grunn av mannens svært dårlige fysiske forfatning, mente Høyesteretts imidlertid at gjentakelsesfaren ikke var nærliggende. Mannen var invalidisert og satt i rullestol, og med tanke på hans høye alder og tilstandenes forverring i løpet av varetektstiden, kunne det ikke legges til grunn at han ville være i stand til å forgå seg på ny etter soning av en tidsbestemt straff, jfr. avsnitt 16. Denne dommen er et godt eksempel på at vurderingen av grunnvilkåret og vilkåret om gjentakelsesfare flyter mye over i hverandre, ved at det er gjentakelsesfaren som kan forsvare behovet for å verne samfunnet gjennom en tidsbestemt reaksjon.³⁸ Den nære sammenhengen mellom disse vilkårene kommer jeg nærmere inn på i pkt. 4.4.

Etter sikringsbestemmelsen i gml. § 39 nr. 1 *kunne* retten ved gjentakelsesfare velge om det skulle bemyndiges sikringsmidler, og i prinsippet var det tilstrekkelig at det var fare for én enkelt forseelse. Dersom gjentakelsesfaren derimot var knyttet til et av de nevnte lovbruddene i nr. 2, *skulle* retten beslutte anvendelse av sikringsmidler. Disse forbrytelsene svarte i hovedsak til de som kan begrunne forvaring, men sikring skulle i tillegg benyttes der det var fare for at lovbrøyteren kunne begå grovt tyveri, jfr. § 258, og utpressing, jfr. § 266. I praksis ble det imidlertid lempet på påbudet om å anvende sikring i disse tilfellene, og i de senere år var regelen uten praktisk betydning, jfr. Bratholm/Matnignsdal (1991) s. 135. Se også Rt-1988-811 s. 812 hvor det ble sagt at

³⁸ Rt-2002-1677 s. 1679-1680.

det i senere praksis hadde blitt lagt til grunn at det også for § 39 nr. 2 måtte ”foretas en vurdering av om det ut fra de hensyn §39 bygger på, er rimelig å anvende sikring”. Videre ble det i Rt-1991-114 s. 115 presisert at det særlig var ”volds- eller annen særlig alvorlig kriminalitet” det måtte være en kvalifisert fare for. Dette er i tråd med forvaringsbestemmelsen, der det altså må være fare for gjentakelse av slike lovbrudd som i seg selv kan kvalifisere til forvaring.

At gjentakelsesfaren under forvaringsinstituttet må referere seg til alvorlige forbrytelser som kan krenke eller utsette ”*andres* liv, helse eller frihet” for fare (min uth.), kan forstås som at det kreves en generell fare for befolkningen som sådan. Høyesterett har imidlertid slått fast at det er tilstrekkelig at en konkret person eller bestemt gruppe kan utsettes for overgrep. I Rt-2002-1673 var domfelte funnet skyldig i fem voldtekter av to samboere i løpet av ett år. Mannen hadde først voldtatt den ene samboeren, og rett før, under og rett etter hovedforhandlingen der han stod tiltalt for dette, voldtok han sin nye samboer fire ganger. Det ble prosedert på at det ikke forlås gjentakelsesfare siden alle voldtektene var begått overfor samboere i angivelig konfliktfylte samboerforhold. Dette ble ikke tillagt betydning i Høyesteretts vurdering, siden det var tale om to ulike samboerforhold og domfeltes livssituasjon ikke kunne antas å være annerledes etter endt soning. Lignende overgrep kunne dermed skje igjen overfor eventuelle nye samboere, se s. 1676.³⁹ I kjennelsen i Rt-2005-289 var domfelte funnet skyldig i forsøk på overlagt drap. Mannen hadde etter lang tids planlegging plassert store sprengladninger i sin fraseparerte kones bil. Da bomben gikk av, ble kvinnen påført livstruende skader, og de som befant seg i nærområdet ble utsatt for stor fare. I lagmannsretten ble mannen idømt 14 års ubetinget fengsel, siden kravet til gjentakelsesfare ikke ble ansett oppfylt. Det ble da lagt vekt på at handlingene skyldtes mannens intense følelsesmessige forhold til fornærmede og at han ikke hadde utvist lignende atferd mot andre tidligere. Høyesterett var uenig med lagmannsretten, og konstaterte i avsnitt 20 at det ikke var til hinder for å idømme forvaring at det kun er fornærmede faren retter seg mot.

³⁹ Se også Rt-2004-1518 avsnitt 39.

I saker der det er aktuelt å idømme forvaring, vil det alltid være to hensyn som står mot hverandre; den tiltaltes rettssikkerhet og behovet for å verne andres liv, helse og frihet mot nye alvorlige forbrytelser. I tilfeller der konkrete personer er antatt å være mål for alvorlige straffbare handlinger, finnes det flere beskyttelsestiltak som kan iverksettes, blant annet besøks- og oppholdsforbud etter straffeprosessloven § 222a, fiktiv identitet etter politiloven § 14a, voldsalarm eller skjult adresse. I saken ovenfor kunne forholdsregler som dette blitt ilagt for å verne kvinnen mot nye overgrep fra sin tidligere ektemann. Slike tiltak legger imidlertid store begrensninger på fornærmedes livsutfoldelse, som alltid vil måtte leve med frykten for å bli oppsøkt. I løpet av de to siste årene har vi også sett to tilfeller av drap på kvinner til tross for både besøksforbud og voldsalarm, først i Halden våren 2006, så i Sogndalen i påsken 2007. Dette bekrefter at det ikke finnes noen garanti mot å bli oppsøkt og skadet av personer som utgjør en gjentakelsesfare. I den omtalte kjennelsen ble det ansett bevist at mannen ved flere anledninger hadde kommet med trusler overfor fornærmede og at han i flere år hadde hatt et intenst ønske om å ta livet av henne. Domstolen mente dermed at faren for kvinnens liv var så konkret og reell, at forvaring var nødvendig for å hindre mannen i å realisere sin vilje.

4.3.2 Momenter i farevurderingen

4.3.2.1 Innledning

Farevurderingens mål er å ta stilling til sannsynligheten for at lovbryteren skal begå nye forbrytelser. Under sikringsinstituttet ble vurderingen av gjentakelsesfaren knyttet til lovbyters abnormtilstand, og den bygget derfor i stor grad på rettspsykiaternes uttalelser. Retten måtte på grunnlag av disse og enkelte objektive holdepunkter foreta en prediksjon av hvilke lovbytere som utgjorde en gjentakelsesfare. Dette ble kritisert, siden usikkerheten rundt en slik vurdering kunne medføre vilkårlighet med tanke på hvem som ble idømt sikring.

Under utarbeidelsen av forvaringsbestemmelsen var det ikke aktuelt å fjerne vilkåret om gjentakelsesfare, da det er den som kan begrunne å ilegge en tidsubestemt reaksjon av hensyn til samfunnsvernet. Spørsmålet var hvordan vurderingen skulle foretas og hva den skulle bygge på for å avhjelpe kritikken som ble rettet mot praksisen under sikringsinstituttet. En farevurdering på domstidspunktet må nødvendigvis bygge på prognoser, men det var delte meninger om hvor stor grad av sikkerhet som kunne oppnås ved en slik vurdering, og hvor høy sannsynlighet for tilbakefall som måtte kreves. Særreaksjonsutvalget mente at farlighetsbedømmelsen måtte bygge på en skjønnsmessig vurdering basert på erfaringer, alminnelig sunn fornuft og objektive kriterier. Som eksempler på det siste nevnte de arten og grovheten av det begåtte og tidligere begåtte lovbrudd og lovbrysterens atferd, forhold til rusmidler og sosial situasjon. Disse kriteriene er tatt inn i lovteksten som momenter retten skal legge vekt på i farevurderingen. Dette innebærer en endring i forhold til sikringsinstituttet ved at tyngdepunktet er forskjøvet fra det subjektive (lovbrysterens sinnstilstand) til det objektive (arten av den begåtte forbrytelse og den atferd lovbrysterens ellers har utvist). Selv om det aldri vil være mulig å forutsi tilbakefall med full sikkerhet, ble det videre uttalt at hensynet til samfunnsvernet måtte gå foran hensynet til lovbrysterens, slik at en nærliggende fare for gjentakelse skulle være tilstrekkelig til idømme forvaring.⁴⁰

4.3.2.2 "Den begåtte forbrytelsen eller forsøket"

I forbindelse med hvilken grad av gjentakelsesfare som skal kreves for å kunne idømme forvaring, påpekte Straffelovrådet at det må foretas en skjønnsmessig vurdering, der kravet blir mindre jo grovere forbrytelser faren referer seg til. På den annen side burde det "stilles særlige krav til risikoens størrelse når det ikke er de alle groveste krenkelser man frykter...", jfr. NOU 1974:17 s. 91.⁴¹ Siden faregraden varierer etter alvoret av de straffbare handlinger, vil forbrytelsens eller forsøkets art og omfang være et naturlig utgangspunkt i

⁴⁰ NOU 1990:5 s. 109.

⁴¹ Se også Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

helhetsvurderingen av om det foreligger gjentakelsesfare. Etter § 39c nr. 1 tredje punktum er derfor ”den begåtte forbrytelsen eller forsøket” et av momentene det skal legges vekt på. Før farevurderingen skal foretas har imidlertid domstolene allerede tatt stilling til forbrytelsens karakter i tilknytning til forbrytelsesvilkåret. Dette innebærer at momentet ofte blir liggende som et bakteppe i vurderingen av de andre momentene. Dersom de begåtte forbrytelsene er av meget alvorlig karakter, har Høyesterett i dom avsagt 12. februar 2007 (HR-2007-00297-A) avsnitt 12 uttalt at kravene til de andre momentene senkes.

4.3.2.3 ”Lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne”

Under det tidligere sikringsinstituttet var det som sagt et vilkår at lovbryteren hadde en psykisk abnormitet. Før idømmelse av sikring ble tiltalte derfor underlagt en rettspsykiatrisk undersøkelse. Den omfattende bruken av rettspsykiatriske sakkyndige ble kritisert på flere punkter og fra flere hold.⁴² Blant annet ble det påpekt at psykiaterne bidro til å legitimere idømmelsen av sikring, og at viktige psykiatriske ressurser ble bundet opp til domsavsigelsen i stedet for at kompetansen ble benyttet til behandling etter at sikringstiltak var iverksatt. Etter § 39c nr. 1 tredje punktum skal den begåtte forbrytelsen eller forøket sammenholdes ”særlig med lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne, og det tidligere kravet til lovbryterens sinnstilstand er dermed redusert til å bli et moment i farlighetsvurderingen. I følge forarbeidene skal det tas hensyn til både utviklingen i de senere år og fremtidsutsiktene, og oppvekstvilkår, miljøtilhørighet, forhold til rusmidler og seksuell atferd er blant faktorene som skal vektlegges.⁴³ Momentet er imidlertid vidt formulert, og det er vanskelig å tenke seg forhold ved lovbryteren som ikke vil kunne være relevante i vurderingen. I forarbeidene ble det antatt at retten har like gode forutsetninger som rettspsykiaterne for å ta stilling til disse faktorene, og behovet for de rettspsykiatriske undersøkelsene ble således mindre. Lovbryterens atferd og personlige og

⁴² Se blant annet Andenæs (1989) s. 438-439.

⁴³ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

sosiale funksjonsevne skal derfor etter § 39d første ledd som hovedregel kartlegges gjennom en personundersøkelse. Denne skal foretas av en ”skikket person” utpekt av Kriminalomsorg i frihet, jfr. straffeprosessloven § 163. Rettspsykiatriens innflytelse var et omdiskutert spørsmål i prosessen frem mot innføringen av forvaring⁴⁴, og noe av formålet med å gjøre personundersøkelse til hovedregelen, var å imøtegå kritikken mot psykiaternes medvirkning under sikringsinstituttet, samt å frigjøre psykiatriske ressurser. Videre ble personundersøkelsen ansett som et mer egnet middel for å belyse de objektive fakta. Departementet mente at endringen med å primært bruke personundersøkelser ville redusere bruken av rettspsykiatere.⁴⁵

Etter § 39d annet ledd kan retten beslutte at personundersøkelsen skal erstattes av en rettspsykiatrisk undersøkelse.⁴⁶ Dette var opprinnelig ment som en subsidiær mulighet; retten skulle kun benytte seg av en slik undersøkelse dersom det etter en nærmere vurdering ble ansett som mest hensiktsmessig for belysningen av saken.⁴⁷ Denne subsidiære adgangen ser imidlertid ut til å ha blitt det primære grunnlag for bedømmelsen av lovbrysterens farlighet. Undersøkelsen til Johnsen og Storvik⁴⁸ viser at personundersøkelse pr. 21. mars 2006 bare var benyttet i 7 av de 107 avsagte forvaringsdommene. For hva gjelder høyesterettspraksis, er personundersøkelse kun trukket frem i 3 av de 28 høyesterettsavgjørelsene⁴⁹, mens det i de resterende er ulike grader av innslag av rettspsykiatriske uttalelser. Disse tallene konstaterer at forarbeidenes forutsetninger om at bruken av rettspsykiatere skulle reduseres så langt ikke har vist seg i

⁴⁴ Se mer i NOU 1974:17 s. 85-86, NOU 1990:5 s. 110, Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 89 og Innst.O. nr. 34 (1996-1997) s. 21.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 89.

⁴⁶ I praksis har til tider den rettspsykiatriske undersøkelsen kommet i tillegg til personundersøkelsen. At dette er en mulighet er nå lovfestet i ny strl. § 40 femte ledd.

⁴⁷ Se også straffeprosessloven § 165 første ledd hvor det sies at rettspsykiatriske undersøkelser kan tas i bruk dersom retten ”finner det nødvendig”.

⁴⁸ Johnsen/Storvik (2006) s. 57.

⁴⁹ Rt-2005-301 avsnitt 19, Rt-2005-941 avsnitt 25 og Rt-2006-309 avsnitt 22.

praksis, og rettspsykiatrisk undersøkelser benyttes dermed fortsatt i nesten samme omfang som under sikringsinstituttet.

Selv om domstolene i høy grad gjør bruk av rettspsykiatriske undersøkelser og ofte bruker mye plass på de sakkyndiges uttalelser i avgjørelsene, er det uklart hvilken vekt disse tillegges i vurderingen av gjentakelsesfaren. Siden de i stor grad blir referert til i domspremissene, er det likevel ikke urimelig å anta at de blir tatt hensyn til. I Rt-2004-209 signaliserte Høyesterett en innstramming av bruken av rettspsykiatriske erklæringer. De rettspsykiatriske vurderingene la i denne saken til grunn at domfelte tidligere hadde opptrådt voldelig, hvilket ble tillagt ”betydelig vekt” av lagmannsretten. Førstvoterende uttalte om dette i avsnitt 17 at han på generelt grunnlag ville reservere seg noe ”mot å legge for stor vekt på rettspsykiateres farlighetsbedømmelse i saker hvor det ikke har vært noen tvil om domfeltes tilregnelighet på handlingstiden”. Tilbakeholdenheten hos Høyesterett ble begrunnet med at formålet med innføringen av forvaring nettopp var å objektivisere vilkårene for å idømme en særreaksjon og redusere rettspsykiatriens medvirkning. Videre ble det i avsnitt 19 uttalt at det generelt var et problem med de sakkyndiges farlighetsbedømmelser at de ikke sjelden bygget på ”antakelser om faktiske forhold vedrørende observandens person og livsførsel som ikke kan legges til grunn som bevist”. Uttalelsen ble fulgt opp i Rt-2004-1952 avsnitt 21. Til tross for dette ser det ikke ut til at rettspsykiatriske undersøkelser blir brukt i mindre omfang enn tidligere. Avgjørelsene antyder imidlertid at de sakkyndiges uttalelser ikke lenger skal tillegges like stor vekt, men etter å ha gjennomgått bruken av rettspsykiatriske erklæringer i de etterfølgende høyesterettsdommene, er dette foreløpig ikke en tendens som har manifestert seg nevneverdig utad.

4.3.2.4 Tidligere begåtte handlinger

Sikring kunne etter ordlyden idømmes førstegangsforbrytere, men i sikringspraksis i de senere år ble det likevel som regel hensett til tidligere begått kriminalitet i vurderingen av om sikring skulle idømmes, se blant annet Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 40 og Rt-1988-262 s. 264. Særreaksjonsutvalget ønsket å lovfeste denne praksisen, og i NOU 1990:5 s. 115 ble det foreslått at det skulle være en absolutt forutsetning for å idømme forvaring at lovbryteren tidligere hadde begått eller gjort forsøk på å begå en alvorlig forbrytelse. Årsaken til at utvalget ønsket dette som et vilkår, var å bedre grunnlaget for fareprediksjonen og snevre inn anvendelsesområdet for denne inngripende straffen. Departementet fulgte opp forslaget i Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111, og tidligere forbrytelser ble inntatt i ordlyden slik forvaringsbestemmelsen opprinnelig ble vedtatt i lov 17. januar 1997 nr. 11. Stortinget vedtok imidlertid ved lov 15. juni 2001 nr. 64 å fjerne vilkåret, og forvaring kan nå idømmes ved førstegangs overtredelse.⁵⁰ Endringen ble begrunnet med at det ikke kan

”utelukkes at enkelte tilregnelige lovbytere allerede etter å ha begått én alvorlig forbrytelse som krenket andres liv, helse eller frihet, har vist en så farlig atferd at det av hensyn til beskyttelsen av samfunnet må kunne reageres med forvaring dersom tidsbestemt straff ikke kan anses for å være tilstrekkelig”.⁵¹

Departementet erkjente at noen flere kunne bli idømt forvaring når vilkåret ble fjernet, men mente at anvendelsesområdet uansett ville bli snevrere enn for sikringsreglene.

Straffelovkommisjonen foreslo i NOU 2002:4 s. 253 å gjeninnføre vilkåret. Forslaget ble ikke støttet av Justis- og politidepartementet med den begrunnelse at bestemmelsen er såpass ny og at de ikke kjente til at den hadde medført uheldige resultater i praksis”, jfr. Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 279.

⁵⁰ Endringen ble bare gjort i nr. 1. Etter § 39c nr. 2 er det fortsatt et vilkår at lovbyteren tidligere har begått en alvorlig forbrytelse.

⁵¹ Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) s. 31.

Det har i ettertid blitt stilt spørsmål ved hvordan det kunne gjøres en så viktig endring i lovens vilkår rett før ikrafttredelsen, uten noen form for debatt.⁵² Vedtakelsen skjedde to uker etter Kristiansand byretts dom av 1. juni 2001 sak nr. 01-00374, der to unge menn ble funnet skyldige i å ha seksuelt misbrukt og drept to små jenter i Baneheia i Kristiansand 19. mai 2000. Under sakens behandling kom det frem at den ene av mennene, som ble ansett å være initiativtaker, pådriver og hovedmann, også hadde begått seksuelle overgrep tidligere. Han ble dømt til 21 års fengsel og 10 års sikring. Før ankeforhandlingen endret aktor tiltalen, og påstod forvaring i stedet for sikring. I Agder lagmannsrettsdom av 13. februar 2002 (LA-2001-980) ble mannen idømt 21 års forvaring med 10 års minstetid. Denne saken vakte sterke reaksjoner, og det kan spekuleres i om den hadde innvirkning på den vesentlige modifiseringen av vilkårene for å idømme forvaring helt på tampen av lovgivningsprosessen. Sett i lys av Stortingets uttalelse ved lovendringen, kan saken se ut til å være i kjerneområdet for tilfeller det ble siktet til, selv om det her i ettertid kom frem at tiltalte hadde forgrepet seg tidligere. Videre kan det antas at det ville stride mot den alminnelige rettsoppfatning dersom slike grufulle forbrytelser som de to jentene ble utsatt for ikke kvalifiserte til forvaring, ene og alene fordi det ikke kunne bevises at gjerningsmennene tidligere hadde begått alvorlige forbrytelser.

Selv om tidligere begått kriminalitet nå kun er et moment, skal forvaring likevel som hovedregel bare idømmes i tilfeller der lovbrøteren tidligere har begått eller forøkt å begå en alvorlig forbrytelse av slik art at den alene kunne ha medført forvaringsdom etter § 39c nr. 1.⁵³ Etter lovens ordlyd er derfor dette det skjønnsmomentet som skal tillegges størst vekt, jfr. § 39c nr. 1 fjerde punktum. Tidligere begått kriminalitet vil i stor grad være den beste indikator for gjentagelsesfare; jo sterkere tendens tiltalte har utvist til å begå alvorlige lovbrudd, jo større sannsynlighet er det for at det kan skje igjen. Grunnlaget for farlighetsbedømmelsen vil således bli bedre når domstolen kan ta utgangspunkt i tidligere begåtte lovbrudd.⁵⁴ Høyesterett har derfor i flere saker fremhevet at terskelen for å idømme

⁵² Johnsen/Storvik (2006) s. 62.

⁵³ Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) s. 31 og Rt-2004-606 avsnitt 16.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 82.

forvaring ved førstegangstilfeller må ligge høyere enn når lovbryteren tidligere har begått alvorlig kriminalitet.⁵⁵ I slike tilfeller skal det mer til av andre indikasjoner på fare, og momentet ”lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne” blir særlig viktig, jfr. Rt-2005-284 avsnitt 18.

Når det gjelder forståelsen av begrepet tidligere, utalte Høyesterett i Rt-2004-209 avsnitt 11 under henvisning til NOU 1990:5 s. 114 at det fortsatt menes ”forut for det forhold tiltalen nå omfatter”. Det er dermed lagt til grunn at forarbeidsuttalelsene om vilkåret ”tidligere” fortsatt gjelder selv om dette nå er et moment.⁵⁶ Dommen omhandlet en 55 år gammel mann som var dømt for drap på en 14 år gammel jente og for trusler mot sin tidligere ektefelle. Det var ikke anket over avgjørelsen av truslene, og spørsmålet i saken var om det skulle idømmes forvaring for drapet. I avsnitt 13 uttalte Høyesterett at siden truslene ble endelig avgjort ved tingrettens dom, var de ikke begått ”tidligere” og kunne ikke trekkes inn i farevurderingen. Det ble imidlertid påpekt at dersom truslene hadde vært så alvorlige at de i seg selv var en alvorlig forbrytelse etter nr. 1 første punktum, ville de likevel vært relevante i helhetsvurderingen av om det forelå gjentakelsesfare.⁵⁷ Dette viser at det i realiteten ikke har særlig betydning om tidligere alvorlige handlinger er begått forut for det aktuelle lovbruddet eller ikke, og som regel vil det også være vanskelig å se bort fra slike forgåelser i helhetsvurderingen. Videre er det ikke alltid lovbrudd pådømmes i den rekkefølge de er forøvet, og i praksis kan det dukke opp tilfeller der det er problematisk å ta stilling til om et forhold skal kunne trekkes inn i farevurderingen som ”tidligere begått”. La oss si at det begås et drap, men at dette i lang tid kun er kjent som en forsvinningssak. Etter drapet begås og pådømmes et drapsforsøk. Dersom drapssaken senere kommer opp for domstolene, vil drapsforsøket være en handling som er begått etter drapet, og dermed ikke forut for det forholdet tiltalen nå gjelder. I vurderingen av gjentakelsesfaren ville det ha vært uheldig om domstolen ikke kunne legge vekt på drapsforbrytelsen, og det må dermed

⁵⁵ Se blant annet Rt-2004-209 avsnitt 15, Rt-2004-1952 avsnitt 22, Rt-2005-284 avsnitt 17 og Rt-2006-1033 avsnitt 15.

⁵⁶ Matningdal/Bratholm (2003) s. 318.

⁵⁷ Se også Rt-2006-641 avsnitt 10.

legges til grunn at domstolene kan trekke alle alvorlige lovbrudd som tiltalte har begått inn i vurderingen.

Det kreves ikke at lovbryteren er tidligere domfelt, men for at tidligere begåtte forbrytelser skal kunne tillegges vekt i vurderingen, må retten finne det bevist at de er begått.⁵⁸ Dette innebærer en viktig rettssikkerhetsgaranti for den tiltalte, men det kan føre til at det blir en form for ”prosess i prosessen” siden domstolen i en og samme sak må ta stilling til både den nåværende og den tidligere kriminelle handling. Dersom det ikke foreligger noen straffedom, kan det være vanskelig å bevise at handlingen er begått, f.eks. fordi saken ikke er etterforsket. Prosessuelt hører det i utgangspunktet til straffespørsmålet å ta stilling til tiltaltes tidligere atferd, og beviskravet her er normalt mindre strengt enn for avgjørelsen av skyldspørsmålet. Siden forvaring er en så inngripende reaksjon, ble det i forarbeidene uttalt at det for tidligere begåtte handlinger burde kreves noe høyere sannsynlighetsovervekt enn ved andre avgjørelser som hører til straffespørsmålet. Det ble derfor lagt til grunn at retten burde anvende ”samme bevisbyrderregel ved spørsmålet om tiltalte tidligere har begått en handling som nevnt i nr. 1, som ved spørsmålet om han er skyldig etter den aktuelle tiltalebeslutning”, jfr. NOU 1990:5 s. 115. For denne vurderingen fravikes altså det ordinære beviskravet for straffespørsmålet. Dette kom også frem i den tidligere omtalte dommen i Rt-2004-209, der rettspsykiaterne antok at tiltalte tidligere hadde opptrådt voldelig. Domstolen uttalte i avsnitt 14 at for at retten skulle kunne ”bygge på voldelig atferd som det ikke er ilagt strafferettslig reaksjon for, må påtalemyndigheten følgelig forberede forvaringssaken med sikte på en bevisførsel som ved avgjørelsen av skyldspørsmålet”. Høyesterett fastslo dermed at antagelsene ikke kunne legges til grunn, da de ikke kunne bevises.

Selv om dette skjønnsmomentet skal tillegges ”særlig” vekt i vurderingen, finnes det likevel flere eksempler på at tidligere kriminalitet ikke har blitt vektlagt. I Rt-2005-1442 var det kun tidligere begått vinningsforbrytelser, og disse ble ikke ansett å være

⁵⁸ Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) s. 111.

tilstrekkelig alvorlige til å kunne trekkes inn i vurderingen av om det var fare for gjentakelse av brannstiftelse, jfr. avsnitt 21. I tillegg kan det ha vært av betydning at de tidligere overtredelsene var av annen art enn den nå begåtte ildspåsettelsen. Det er antatt at det i slike tilfeller skal mer til for at de tidligere handlingene kan tillegges vekt i farevurderingen. Jeg nevner her at det for å idømme forvaring for mindre alvorlige forbrytelser etter § 39c nr. 2 er et krav om ”nær sammenheng” mellom den tidligere begåtte og den nå begåtte forbrytelsen. At denne sammenhengen også kan være relevant i vurderingen etter § 39c nr. 1 kommer frem av Rt-2004-1518. Dommen er et eksempel på at tidligere forbrytelser kan tillegges vekt når de er av samme art som den nå begåtte forbrytelsen, selv om de er mindre alvorlige og i seg selv ikke ville kvalifisert til forvaring. Spørsmålet i saken var om domfelte kunne idømmes forvaring for å ha kvalt sin fraseparerte ektefelle. Tre år før drapet ble mannen domfelt for mindre alvorlige voldsforbrytelser og trusler, alle mot kvinner han hadde vært samboer med. Høyesterett uttalte at selv om disse handlingene ikke var av det alvorligste slaget og klart ikke kunne ”omfattes av straffeloven §39 c nr. 1 fjerde punktum”, ville de likevel inngå i helhetsvurderingen etter tredje punktum, jfr. avsnitt 16. Grunnen var at forbrytelsene ble ansett å peke direkte frem mot drapet, og det ble dermed konstatert at det ville foreligge gjentakelsesfare overfor kvinner han i fremtiden kunne komme i nær kontakt med, jfr. avsnitt 38 og 39.⁵⁹ Forhold av mindre graverende karakter kan altså være verdifulle for å belyse momentet ”lovbryterens atferd og sosiale og personlige funksjonsevne”. Rieber-Mohn (2003) s. 39 trekker frem som eksempel en lovbryter som tidligere har begått flere mindre alvorlige forbrytelser som for eksempel blotting overfor mindreårige, og påpeker at slike handlinger kan være et indisium på stor gjentakelsesfare dersom personen nå står tiltalt for alvorlige overgrep mot barn. En annen grunn til at tidligere begått kriminalitet ikke tillegges vekt i farevurderingen, er at forholdene ligger så lang tilbake i tid at de sier lite om tiltaltes tilbøyelighet til å begå alvorlige forbrytelser. At det har gått lang tid medfører imidlertid ikke alltid at det ikke blir sett hen til de tidligere lovbrudd. I Rt-2002-1673 s. 1675, der en mann var domfelt for fem voldtekter mot to samboere, ble det

⁵⁹ Se også Rt-2004-209 avsnitt 12.

uttalt at et voldtektsforsøk begått 14 år tidligere bidro til å kaste lys over gjentakelsesfaren, og i Høyesteretts kjennelse av 12. februar 2007 (HR-2007-00296-A) avsnitt 16, ble forhold som lå 10 år tilbake i tid ansett å være relevante. Det vurderes altså konkret i den enkelte sak om domstolen skal legge vekt på mindre alvorlige forbrytelser eller forbrytelser begått lang tilbake i tid, men høyesterettspraksis viser en klar tendens til at forbrytelser som kan ha en sammenheng med det nå begåtte lovbrudd uansett tillegges vekt.

Til tross for at tidligere begåtte forbrytelser skal tillegges særlig vekt, og at forvaring som hovedregel bare skal idømmes der slike forhold foreligger, var så mange som 22 av de 101 personene som var idømt forvaring etter § 39c nr. 1 pr. 21. mars 2006 ikke tidligere domfelt, jfr. Johnsen/Storvik (2006) s. 56. Selv om vi tar høyde for at enkelte av disse hadde begått forbrytelser de ikke var domfelt for, tyder dette på at departementets antagelse om at bare ”noen flere” ville bli idømt reaksjonen selv om vilkåret ble redusert til et moment, var noe beskjeden. Etter det opprinnelige lovutkastet ville flere av disse ikke kunne blitt idømt forvaring.

4.4 Grunnvilkåret

Innledningsvis i § 39c oppstilles det et overordnet fellesvilkår. Forvaring kan bare idømmes ”når en tidsbestemt straff ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet”. Dette fremhever at forvaring er en særreaksjon - et ekstraordinært virkemiddel som kun skal tas i bruk i tilfeller der en ordinær tidsbestemt straff ikke er tilstrekkelig.⁶⁰ Uttrykket ”tidsbestemt straff” kan innebære både fengselsstraff, samfunnsstraff og rettighetstap, jfr. § 15. Særreaksjonsutvalget uttalte imidlertid at vurderingstemaet er om ”varigheten av en alternativ tidsbestemt *fengselsstraff* vil være så lang at det ikke anses påkrevd med forvaring for å beskytte samfunnet mot den fare lovbrysterer utgjør” (min uth.).⁶¹ Siden forvaring bare kan anvendes når det er begått alvorlige lovbrudd og det samtidig foreligger reell fare for at lovbrysterer igjen skal forgå seg, ville det være i strid med den allmenne rettsoppfatning å ikke ilegge en straff som innebærer frihetsberøvelse. Det er dermed klart at domstolene i vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt må se hen til det vern en fengselsstraff kan gi.

Sikringsbestemmelsen hadde ikke et slikt overordnet vilkår. Andenæs (1989) utalte på s. 438 at dersom lovbrysterer skulle idømmes sikring i tillegg til vanlig fengselsstraff, måtte ”det være en fare utenom det vanlige for at han til tross for den ilagte straff vil forbryte seg på ny etter løslatelsen”. I tillegg til gjentakelsesfare måtte det altså være et særlig behov for å holde lovbrysterer vekk fra samfunnet, men dette behovet ble ikke knyttet til et lovpålagt formål.

Grunnvilkårets formulering ”å verne samfunnet” kan forstås som at det er selve samfunnsordenen det siktes til. Uttrykket må imidlertid leses på bakgrunn av hvilke rettsgoder forvaringen tar sikte på å verne, og som det kommer frem av bestemmelsen, er det ”andres liv, helse eller frihet” som skal beskyttes mot overgrep. Departementet

⁶⁰ Rieber-Mohn (2003) nr. 4 s. 36.

⁶¹ NOU 1990:5 s. 112.

presiserte i Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 277 at vilkåret skal forstås generelt, og at det ikke stilles krav om at bestemte enkeltpersoners liv, helse eller frihet må være truet. Forvaringen tar altså sikte på å verne samfunnsborgerne som sådan, men som nevnt under pkt. 4.3.1 er det tilstrekkelig at gjentakelsesfaren er rettet mot konkrete personer eller grupper. Utenfor forvaringens beskyttelsesverdige interesser faller dermed for eksempel statlige institusjoner og økonomiske goder.

Vurderingen av om grunnvilkåret er oppfylt er tett knyttet til vilkåret om gjentakelsesfare. Denne sammenhengen er påpekt av Høyesterett i dommen avsagt 12. februar 2007 (HR-2007-00297-A), og om forskjellen på de to vilkårene uttaler førstvoterende i avsnitt 23 at blikket ved bedømmelsen av om grunnvilkåret er oppfylt må ”rettes inn i fremtiden, mot den faren som eventuelt foreligger når domfelte ved *endt tid* skal løslates fra en tidsbestemt fengselsstraff. Jo lenger den alternative tidsbestemte straff er, jo vanskeligere vil bedømmelsen være, og desto høyere må terskelen for å idømme forvaring bli” (min uth.).⁶² Mens det ved gjentakelsesvilkåret er faren på domstidspunktet som skal legges til grunn, jfr. pkt. 4.3.1, er det altså situasjonen på tidspunktet for løslatelse som skal vurderes for å ta stilling til om en tidsbestemt straff er tilstrekkelig.⁶³ For at vilkåret skal være oppfylt, må det dermed forutsettes at lovbrysterer fortsatt vil være en fare for andres liv, helse eller frihet etter at en eventuell fengselsstraff er ferdig sonet, slik at det da kan være uforsvarlig å løslate personen. I Rt-2002-1667 s. 1671 ble vurderingen basert på at domfelte ville ha blitt prøveløslatt etter 2/3-tid. Saken omhandlet tre drapsforsøk, men når det er begått så alvorlige handlinger, vil prøveløslatelse i praksis sjelden forekomme, jfr. straffegjennomføringsloven § 42 femte ledd, som slår fast at prøveløslatelse ikke skal finne sted når det etter en totalvurdering er utilrådelig. Denne bestemmelsen er tatt hensyn til i senere rettspraksis. I Rt-2004-209 avsnitt 21 uttalte Høyesterett at det er ”den maksimale samfunnsbeskyttelse som den tidsbestemte straff kan gi, som skal vurderes opp mot det vern som forvaringen vil medføre”. Videre ble det i samme avsnitt slått fast at det i avveiningen skal legges til grunn at domfelte ikke ville ha blitt prøveløslatt fra den aktuelle

⁶² Se også Rt-2004-1952 avsnitt 11.

⁶³ Se også Rt-2004-641 avsnitt 12.

tidsbestemte straffen.⁶⁴ For den tiltale vil dette også være gunstigst, da det vil medføre at den beregnede soningstiden blir lengre, som igjen fører til at terskelen for å idømme forvaring blir høyere.⁶⁵

Hvilke momenter som er sentrale i vurderingen av grunnvilkåret kommer ikke frem av lovteksten, og hvorvidt en tidsbestemt straff er tilstrekkelig eller ikke beror på rettens skjønn i det konkrete tilfellet. Jacobsen (2004) s. 57 viser til at formålet og forarbeidene taler for at det skal foretas en helhetsvurdering, hvilket innebærer at det ikke er noen skranker på hvilke hensyn som kan tillegges vekt, så lenge de sier noe om hvor nødvendig reaksjonen er i forhold til samfunnsvernet. For å vurdere hvorvidt forvaring er nødvendig, vil det mest relevante momentet være å finne ut hvor lang den alternative fengselsstraffen ville ha blitt, sammenholdt med en vurdering av hvor langt inn i fremtiden tiltalte vil måtte anses som farlig.⁶⁶ Særreaksjonsutvalget uttalte i NOU 1990:5 s. 17, at dersom lovbryteren kunne idømmes en lang tidsbestemt fengselsstraff, ville samfunnet være vernet i lang tid, og behovet for en tidsbestemt reaksjon være mindre. Vilkåret underbygger således det ønskede anvendelsesområdet for forvaringen, jfr. kap. 3. I tilfeller der den begåtte forbrytelsen faller inn under § 39c nr. 1, vil lovbruddet ofte være så alvorlig at det kan være aktuelt med en fengselsstraff i øvre sjikt av strafferammen. Sett i sammenheng med forvaringens anvendelsesområde vil dermed grunnvilkåret lettere være oppfylt ved mindre alvorlige forbrytelser. For slike lovbrudd begrenser både strafferammen og de tradisjonelle straffeutmålingsmomentene hvor streng straff lovbyteren kan idømmes. Jo kortere alternativ tidsbestemt fengselsstraff, jo mer sannsynlig er det altså at den ikke anses tilstrekkelig til å verne samfunnet. Her kan forvaringsbestemmelsen synes noe selvmotsigende, da det er de mest alvorlige forbrytelsene den er ment å ramme. For disse vil alternativet til forvaring være en svært lang fengselsstraff, og da skal det i følge Høyesterett mye til for å legge til grunn at den tidsbestemte straffen ikke er tilstrekkelig. Dette ble slått fast i Rt-2003-1778 avsnitt 19. Til tross for uttalelsen ble likevel den 42 år

⁶⁴ Se også Rt-2005-301 avsnitt 22, Rt-2005-1442 avsnitt 19 og Rt-2006-309 avsnitt 41.

⁶⁵ Rieber-Mohn (2003) nr. 4 s. 36.

⁶⁶ Se Rieber-Mohn (2003) nr. 4 s. 36 og Rt-2004-1952 avsnitt 11.

gamle mannen idømt forvaring for et drap begått under særdeles skjerpene omstendigheter. Mannen var tidligere straffedømt 12 ganger, blant annet også for drap. På grunn av gjentakelsessituasjonen, hans psykiske lidelser, mangelfulle impulskontroll og manglende evne og vilje til å kontrollere sitt rusmiddelbruk, fant en enstemmig Høyesterett at han selv etter å ha sonet en tidsbestemt straff beregnet til 21 år ville være en fare for samfunnet. Tidsrammene og minstetiden ble utnyttet fullt ut, og mannen ble idømt 21 års forvaring med 10 års minstetid. I Rt-2005-284 ble derimot den lange fengselsstraffen ansett som tilstrekkelig. Den 57 år gamle mannen var dømt til fengsel i 21 år for å på utspekulert vis ha tatt livet av sin tidligere kjæreste med gift. Han ville være over 71 år ved løslatelse, og siden han ikke hadde noen voldshistorie fra tidligere og drapet ble ansett å være situasjonsbestemt, var det ikke grunnlag for å fastslå at forvaring var nødvendig av hensyn til samfunnet.⁶⁷ I Rt-2006-641 avsnitt 12 ble en tidsbestemt straff på 15 år ansett tilstrekkelig, og Høyesterett la der vekt på at gutten bare var 20 år, og at det narkotikamiljøet han tilhørte ville være oppløst når fengselsstraffen var ferdig sonet.

I rettspraksis behandles grunnvilkåret alltid til slutt. Dette skyldes trolig at vilkåret forutsetter en helhetlig og skjønnsmessig vurdering, og denne ville blitt ufullstendig om ikke særvilkårene hadde blitt trukket inn. Syse (1997) s. 50 mente at denne fremgangsmåten gjorde det vanskelig å se for seg tilfeller der domstolene etter å ha konstatert at det forelå en alvorlig forbrytelse og at det var nærliggende gjentakelsesfare, ville komme til at en tidsbestemt straff likevel var tilstrekkelig til å verne samfunnet. Et godt eksempel på det motsatte er imidlertid Høyesteretts dom av 12. februar 2007 (HR-2007-00297-A). Dommen omhandlet en 42 år gammel mann som i løpet av noen timer drepte sin bror og begikk drapsforsøk på sin tidligere samboer og mot en tilfeldig forbigående bilist. Når handlingene ble sett i sammenheng med at domfelte tidligere hadde begått og blitt straffet for alvorlige forbrytelser og i tillegg hadde psykiske lidelser og store rusproblemer, ble det i avsnitt 22 uttalt at det klart forelå en nærliggende gjentakelsesfare. Likevel kom Høyesterett frem til at den lange tidsbestemte straffen på

⁶⁷ Se også Rt-2006-641 avsnitt 12.

17 år var tilstrekkelig til å verne samfunnet. Dette ble begrunnet i at det var lyspunkter med tanke på hans rusmiddelbruk og psykiske problemer, da han selv over tid hadde vist vilje til å gjøre noe med dette. Det andre argumentet var at selve aldersprosessen kunne bidra til å svekke hans farlighet, se avsnittene 27-29. Slik jeg ser det kunne de nevnte argumentene like gjerne vært trukket inn som begrunnelse for at det ikke forelå gjentakelsesfare, hvilket viser at vurderingen av grunnvilkåret og farevurderingen flyter mye over i hverandre. Siden grunnvilkåret nesten unntaksvis behandles til sist i avgjørelsene, får drøftelsen av dette karakter av å være en oppsummering av de to særvilkårene. Generelt kan det antas at grunnvilkåret får størst selvstendig betydning der det foreligger tvil i vurderingen disse, selv om dommen foran viser at det også i seg selv kan få avgjørende betydning.

4.5 Kan-vurderingen

Sikringsbestemmelsen var utformet som en delvis fakultativ bestemmelse. Etter gml. § 39 nr. 1 kunne domstolen velge å ilegge sikringsbemyndigelse, men dersom det var fare for enkelte til dels alvorlige forbrytelser, jfr. gml. § 39 nr. 2, var sikring et tiltak som etter ordlyden skulle iverksettes. Dette ble det imidlertid lempet på, og i praksis var det i det store og hele overlatt til rettens skjønn om sikring skulle idømmes.

Om forvaring skal idømmes er etter § 39c er i sin helhet fakultativt, hvilket er stadfestet i ordlyden ved formuleringen ”kan”. Dette innebærer at selv om alle forvaringsvilkårene er oppfylt, er ikke retten forpliktet til å benytte seg av denne særreaksjonen. Domstolene kan dermed utover vurderingen av de kumulative vilkårene utvise skjønn med hensyn til om reaksjonen skal benyttes, eller om det er mer hensiktsmessig å idømme en vanlig fengselsstraff. Hvorfor bestemmelsen er utformet slik, er ikke direkte berørt i forarbeidene. Prinsipielt kunne noe av grunnen ha vært at tilregnelige lovbrøyttere uansett kan idømmes fengselsstraff, og at forvaring er en mye strengere reaksjon enn denne tidsbestemte frihetsberøvelsen. Men, de to andre særreaksjonene tvungent psykisk helsevern etter § 39 og tvungen omsorg etter § 39a som ikke er straff og kan ilegges utilregnelige lovbrøyttere, er også utformet som fakultative bestemmelser. Den mest nærliggende årsaken til at de tre særreaksjonsbestemmelsene er fakultative, synes dermed å være at det i spesielle tilfeller kan være lite gunstig av hensyn til lovbrøytteren å ta i bruk slike strenge og inngripende tidsubestemte tiltak. Slik kan ”kan”-vurderingen fungere som en sikkerhetsventil som domstolene kan ta i bruk for å hindre uheldige avgjørelser.

Det er heller ikke inntatt noe i forarbeidene om hvilke momenter som kan trekkes inn i ”kan”-vurderingen, eller hvilke lovbrøyttere den er ment å skåne fra å bli idømt en forvaringsstraff. Høyesterett nevnte ”kan”-bestemmelsen fire ganger i løpet av de to første årene etter at forvaring trådte i kraft, men senere er den ikke berørt i denne instansen. I Rt-2002-1667 s. 1671 slo domstolen fast at det må foreligge ”spesielle omstendigheter” dersom forvaring ikke skal idømmes når vilkårene først er oppfylt. I Rt-2003-1778 ble det

videre uttalt at det ”bare helt unntaksvis [ville] være grunnlag for å unnlate å idømme forvaring ut fra ”kan”-skjønnet”, jfr. avsnitt 20.⁶⁸ Den snevre anledningen til å gjøre ”kan”-skjønnet utslagsgivende, forklarte Høyesterett i samme avsnitt med at det av hensyn til samfunnsvernet var ”nødvendig å ha den mulighet for forlengelse som ligger i en forvaringsdom”. I Rt-2002-1677 kom Høyesterett frem til at vilkåret om gjentakelsesfare ikke var oppfylt, og den da 20 år gamle gutten kunne dermed ikke idømmes forvaring. Selv om det ikke var nødvendig for å begrunne resultatet, uttalte førstvoterende på s. 1682 på generelt grunnlag at det kunne være særlig aktuelt å benytte seg av ”kan”-skjønnet ”når den konkrete rettsanvendelsen skaper tvil, og det dreier seg om en så ung lovbrøyer”. Det ble videre på s. 1683 antydning at domfelte selv kunne ha nytte av en forvaringsdom. Dette kunne imidlertid ikke tillegges avgjørende vekt, da ”en idømmelse av forvaring må begrunnes i hensynet til andres liv, helse eller frihet, og ikke i hensynet til gjerningsmannen selv,” jfr. grunnvilkåret.⁶⁹

Selv om hensynet til lovbrøyerer ikke kan være en begrunnelse for å idømme forvaring, kan det begrunne å *ikke* ilegge denne særreaksjonen. Dette var tilfellet i Borgarting lagmannsretts dom av 30. november 2006 (LB-2006-107796) der ”kan”-skjønnet ble utslagsgivende for at den da 16 år gamle gutten ikke fikk forvaringsdom. Alle vilkårene i § 39c var oppfylt, men lagmannsretten mente at det i denne saken forelå spesielle omstendigheter som kunne begrunne å ikke benytte seg av reaksjonen. De viste da særlig til tiltaltes unge alder og at han ikke hadde sonet noen fengselsstraff tidligere, og mente på dette grunnlag at en forvaringsstraff ville ramme ham særlig hardt. Lagmannsretten la også vekt på at det i forarbeidene er gitt uttrykk for at forvaring skal være en reaksjon for en snever avgrenset gruppe av tilregnelige lovbrøyerer, og mente lovgiver neppe kunne ha tenkt seg så unge personer som målgruppe for særreaksjonen. Videre ble det gitt uttrykk for at den tidsubestemte straffen var et lite egnet reaksjonsmiddel for unge lovbrøyerer.

⁶⁸ Se også Rt-2002-1677 s. 1682 og Rt-2002-1673 s. 1676.

⁶⁹ Se også Rt-2002-1667 s. 1671, Rt-2002-1673 s. 1676 og Rt-2002-1683 s. 1687.

Det faktum at lovgiver ikke har gitt noen retningslinjer til rettsanvenderne om hvordan denne regelen er ment brukt, da særlig med tanke på hvilke momenter som er relevante og hvilke lovbreakere som burde unnsnippe forvaringsstraffen, kunne ha medført at domstolene utviklet en utstrakt bruk av anledningen ”kan”-skjønnnet gir til å ikke idømme forvaring. Ut i fra hva som har kommet frem i løpet av avhandlingen, ser det imidlertid ut til at domstolene måtte ha benyttet seg av denne muligheten oftere for at lovgivers intensjoner med å skjerpe bruken av tidsubestemt straff overfor tilregnelige skulle ha slått til.

5 Avslutning

De to politiske lovendringene som ble foretatt avslutningsvis i den lange og omstendelige lovgivningsprosessen, å tillate bruk av forvaring overfor førstegangsforbrytere og å heve tidsrammen til 21 år, gjør at forvaring i dag er lovens strengeste straff. De har også medført at bruken av forvaringsbestemmelsen har blitt mer omfangsrik enn hva forarbeidene forutsatte.

Ved innføring av forvaringsstraffen ble det dobbeltsporende system forlatt. Likevel har forvaring den samme tosidigheten som sikringen hadde, ved at lovbryteren i tillegg til å sone for den begåtte forbrytelse straffes for ugjorte gjerninger. I og med at det å straffe for ugjorte gjerninger i større grad er legitimert ved at forvaring er straff, og at forvaring innebærer frihetsberøvelse ved soning i anstalt, i motsetning til sikring som også kunne sones i frihet, er dette en skjerpelse i forhold til sikringsinstituttet. Videre har heller ikke elementet av tidsubestemthet og den psykiske belastning som følger av å være innesperret på ubestemt tid blitt avhjulpet.

Under sikringsinstituttet var det et vilkår at det på grunn av lovbrøtters abnormtilstand var fare for nye lovbrudd. Dette kravet og det stigmatiserende og kritiserte begrepet ”mangelfullt utviklede eller varig svekkede sjelsevner” ble fjernet ved innføringen av forvaring, og rettspsykiatrien var dermed antatt å få redusert betydning i avsigelsene av forvaringsdommene. Likevel ser vi at de tiltalte i stor grad underlegges rettspsykiatriske undersøkelser og blir diagnostisert på en måte som kan anses å være like stigmatiserende, og rettspsykiatriske uttalelser tillegges tilsynelatende stor vekt i rettspraksis. Hovedregelen om at lovbrøtteren skal vurderes i en personundersøkelse blir ikke fulgt i den grad som var

forutsatt, og dette kan være en indikasjon på at forutsetningen om at det er de objektive momentene som skal vektlegges ikke følges fullt ut i praksis.

Selv om det nå i større grad legges vekt på objektive fakta i farevurderingen, er det umulig å kunne forutse farlighet med full sikkerhet. Andenæs har proklamert følgende: ”Om en skyldig skulle bli frifunnet, er ulykken som regel ikke så stor; at en uskyldig blir dømt, er derimot noe som nær sagt for enhver pris må unngås.”⁷⁰ En forvaringsdømt vil være skyldig i den begåtte forbrytelse, men for den forbrytelsen domstolene predikerer at skal begås, vil personen være uskyldig inntil det motsatte er bevist. I de tilfellene farevurderingen er feil, vil dermed en uskyldig være innesperret fra det tidspunkt den alternative fengselsstraffen hadde vært ferdig sonet. Konsekvensen av å ta feil i vurderingen av gjentakelsesfaren kan dermed være stor, ved at en uskyldig frarøves friheten på ubestemt tid. På den annen side kan konsekvensene også bli fatale om vurderingen slår feil til gunst for tiltalte, hvis denne forgår seg på ny etter å ha sonet fengselsstraffen. Det er altså ingen enkel avveining domstolene står overfor, og etter å ha gjennomgått høyesterettspraksis ser det ut til at det er vilkåret om gjentakelsesfare det knytter seg mest usikkerhet til i vurderingen av om forvaring skal idømmes. I 8 av de 13 avgjørelsene der lovbrakeren ikke ble idømt forvaring av Høyesterett, var årsaken at vilkåret om gjentakelsesfare ikke var oppfylt.⁷¹ I disse 8 sakene ble forvaring idømt i samtlige av tingretten, mens antallet forvaringsavgjørelser i lagmannsretten ble redusert til 3. En av sakene gikk direkte til behandling i Høyesterett.

I forarbeidene ble det anført at behovet for en tidsubestemt straff ville være størst der den alternative tidsbestemte straffen ville blitt maksimalt 6-8 år. Grunnen var at straffer av lengre varighet som oftest ville være tilstrekkelige for å verne samfunnet. Det kunne likevel tenkes tilfeller der forvaring ble ansett nødvendig. Til tross for forarbeidsuttalelsene finnes flere eksempler på at lange alternative tidsbestemte straffer ikke har blitt ansett

⁷⁰ Andenæs (1989) s. 96.

⁷¹ Rt-2002-1677, Rt-2003-1787, Rt-2004-209, Rt-2004-606, Rt-2004-1952, Rt-2005-149, Rt-2005-1442 og Rt-2006-1033.

tilstrekkelige og at forvaring har blitt idømt. Dette kan tyde på at forarbeidenes forutsetninger med tanke på at anvendelsesområdet i forhold til sikringen skulle bli snevret inn, og at færre tilregnelige skulle idømmes en tidsubestemt reaksjon, ikke har fått den betydning som var antatt. I tillegg kan det være noe paradoksalt at de lovbruddene forvaringsbestemmelsen er ment å ramme, er av slik art at de normalt vil medføre lange fengselsstraffer. For hva gjelder lovbruddene, er det her vi finner en av de største forskjellene mellom sikring og forvaring. Forvaring kan bare idømmes når det er nødvendig for å verne menneskers liv, helse eller frihet, mens sikring i tillegg kunne idømmes for å verne om formuesgoder. Det ble imidlertid rettet sterk kritikk mot å ilegge sikring på grunn av gjentatte vinningsforbrytelser, og dette skjedde i svært liten grad de siste årene av sikringsinstituttets eksistens. Overgangen ble dermed i praksis ikke så stor.

Formålet med forvaringsstraffen er å beskytte den personlige integritet. Menneskers liv, helse og frihet anses som de mest fundamentale rettsgodene etter dagens samfunns- og menneskesyn og det er liten uenighet om at disse skal beskyttes. Det er et ugjenkallelig faktum at det alltid vil finnes farlige tilbakefallsforbrytere, men det er dessverre også en realitet at det ikke finnes noen sikker metode for å finne ut hvilke lovbrøyttere som tilhører denne kategorien. Så, til tross for at flere av de kritiserte punktene ved sikringsinstituttet ser ut til å ha blitt videreført ved innføringen av forvaring, mener jeg personlig at muligheten for å kunne idømme enkelte lovbrøyttere en tidsubestemt reaksjon er verdifull.

Det pågår i skrivende stund en omfattende evaluering av forvaringsinstituttet i regi av Lovavdelingen i Justis- og politidepartementet. Utredningen fra det nedsatte Mæland-utvalget vil offentliggjøres i løpet av høsten 2007, og det blir svært interessant å se hvordan forvaringsinstituttet blir vurdert etter å ha vært i bruk i fem år.

Når det gjelder domstolenes bruk av forvaringsstraffen, ønsker jeg avslutningsvis å trekke frem de observasjoner jeg har gjort med utgangspunkt i de 28 høyesterettsavgjørelsene jeg har gjennomgått. Av disse 28 har det i 6 av sakene blitt idømt forvaring eller sikring i alle instanser.⁷² Høyesterett har skjerpet straffen og idømt forvaring i 4 saker der reaksjonen ikke ble ilagt i lagmannsretten.⁷³ Mer interessant er det imidlertid å se på forholdet mellom antall særreaksjoner den andre veien. Lagmannsretten har ilagt særreaksjon i 14 av de 28 sakene som har vært oppe for Høyesterett; forvaring i 12 saker og sikring i tillegg til straff i 2. I tillegg er det 4 saker der tingretten har ilagt forvaring eller sikringsbemyndigelse og saken har gått direkte til behandling i Høyesterett. Dette betyr at av de til sammen 18 sakene Høyesterett har mottatt hvor domfelte har blitt i lagt en særreaksjon i underinstansen, har rikets øverste domstol bare opprettholdt særreaksjonsdommen ved å idømme forvaring i 10.⁷⁴ Av disse 10 avgjørelsene ble 6 avsagt i de to første årene av forvaringsinstituttets eksistens, og dette kan tyde på to ting: For det første ser det ut til at Høyesterett generelt er noe mer restriktive med å ilegge forvaring enn de lavere instansene, og for det andre kan tallene tyde på at Høyesterett i de senere år har blitt mer tilbakeholdne med å benytte seg av forvaringsstraffen. Hvorvidt dette er en tendens som vil holde frem og få virkning for domstolenes forvaringspraksis generelt, er det for tidlig å si noe om.

⁷² Rt-2002-1673, Rt-2003-312 (i disse to sakene ble det i tingretten bemyndiget bruk av sikringsmidler), Rt-2003-1778, Rt-2004-1518 (saken ble ikke behandlet av lagmannsretten), Rt-2005-941 og Høyesteretts kjennelse av 12. februar 2007 (HR-2007-00296-A).

⁷³ Rt-2004-541, Rt-2005-289, Rt-2006-309 og Høyesteretts dom av 29. mars 2007 (HR-2007-00620-A).

⁷⁴ Rt-2002-889, Rt-2002-1667, Rt-2002-1683, Rt-2005-301, samt de 6 avgjørelsene der forvaring ble idømt i alle instanser.

6 Kilder

6.1 Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 3. utg. Oslo, 1989

Andenæs, Johs. og Anders Bratholm. *Spesiell strafferett. Utvalgte emner*. 3. utg. Oslo, 1996

Eskeland, Ståle *Strafferett*. Oslo, 2000

Jacobsen, Jørn RT *Dom på overføring til tvungent psykisk helsevern. Straffeloven § 39*.
Bergen, 2004

Slettan, Svein og Toril Marie Øie *Forbrytelse og straff*. Oslo, 2001

Artikler

Høyer, Georg og Aslak Syse *Slem, gal eller begge deler? Om noen konsekvenser av det fremlagte lovforslaget om nye strafferettslige særreaksjoner (NOU 1990:5)*.

I: Lov og rett. (1991) s. 410-435.

Johnsen, Berit og Birgitte Langset Storvik *Forvaring og utviklingen for perioden*

2002-2006. I: Nordisk Tidsskrift for Kriminalvidenskap. Årg. 93 (2006) nr. 1
s. 51-67

Rieber-Mohn, Georg Fredrik *Forvaring – en strafferettslig reaksjon*. I: Juristkontakt.
Årg. 37 (2003) nr. 4 s. 36-40 og nr. 5 s. 35-39

Røstad, Helge *Sikring og forvaring – erfaringer og fremtidsperspektiver*.

I: Lov og rett. (1966) s. 145-162.

Røstad, Helge *Sikringsinstituttet i norsk rett*. Vedlegg 3 i NOU 1974:17 s. 186-273.

Syse, Aslak *Dømt til behandling - frikjent til fengsel. Nye strafferettslige særreaksjoner.*

I: Nytt i strafferetten 1 (1997) s. 21-63

Lovkommentarer

Bratholm, Anders og Magnus Matningsdal (red.) *Straffeloven med kommentarer.*

Første Del. Almindelige Bestemmelser. Oslo, 1991

Karnov: norsk kommentert lovsamling. 3. utg. B. 1. Oslo, 1999

Matningsdal, Magnus og Anders Bratholm (red.) *Straffeloven med kommentarer.*

Første Del. Almindelige Bestemmelser. 2. utg. Oslo, 2003

6.2 Domsregister

Høyesterettsavgjørelser

Høyesteretts dom av 29. mars 2007 (HR-2007-00620-A)

Høyesteretts dom av 12. februar 2007 (HR-2007-00297-A)

Høyesteretts kjennelse av 12. februar 2007 (HR-2007-00296-A)

Rt-2006-1153

Rt-2006-1033

Rt-2006-641

Rt-2006-309

Rt-2005-1442

Rt-2005-941

Rt-2005-301

Rt-2005-289

Rt-2005-284

Rt-2005-149

Rt-2004-1952

Rt-2004-1518

Rt-2004-606
Rt-2004-541
Rt-2004-209
Rt-2003-1787
Rt-2003-1778
Rt-2003-1257
Rt-2003-312
Rt-2002-1683
Rt-2002-1677
Rt-2002-1673
Rt-2002-1667
Rt-2002-1052
Rt-2002-889
Rt-1991-114
Rt-1990-604
Rt-1988-811
Rt-1988-262
Rt-1983-1043
Rt-1982-1594
Rt-1980-1490
Rt-1922-73

Underrettsavgjørelser

Borgarting lagmannsretts dom av 30. november 2006 (LB-2006-107796)
Agder lagmannsretts dom av 13. februar 2002 (LA-2001-980)
Kristiansand byretts dom av 1. juni 2001 sak nr. 01-00374

6.3 Lover og konvensjoner

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov, given i Rigsforsamlingen paa Eidsvold den 17de Mai 1814 (Grunnloven)
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (straffeloven)
- 1995 Lov om politiet 4. august 1995 nr. 53 (politiloven)
- 1997 Lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner) 17. januar 1997 nr. 11
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett 21.mai 1999 nr. 30 (menneskerettighetsloven)
- Vedlegg 1. Den europeiske menneskerettskonvensjon med protokoller.
Roma, 4. november 1950 (EMK)
- Protokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter. Strasbourg, 22. november 1984
- 2001 Lov om gjennomføring av straff mv.18. mai 2001 nr. 21 (straffegjennomføringsloven)
- 2001 Lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover (endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239) 15. juni 2001 nr. 64 Opphevet.
- 2005 Lov om straff 20. mai 2005 nr. 28 (straffeloven) Loven er ikke satt i kraft.

6.4 Forarbeidsregister

Norges offentlige utredninger

NOU 1974:17 Strafferettslig utilregnelighet og strafferettslige særreaksjoner

NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming

NOU-1990-5 Strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner
Straffelovkommisjonens delutredning IV

NOU-2002-4 Ny straffelov Straffelovkommisjonens delutredning VII

Odelstingsproposisjoner

Ot.prp. nr. 87 (1993-1994) Om lov om endringer i straffeloven m.v. (strafferettslige
utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

Ot.prp. nr. 46 (2000-2001) Om lov om endringer i straffeloven og i enkelte andre lover
(endring og ikraftsetting av strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner
samt endringer i straffeloven §§ 238 og 239)

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Innstillinger

SKI (1925) Innstilling fra den av Justisdepartementets 11. mai 1992 oppnevnte komité til
revisjon av straffeloven. Første Del. Oslo 1925.

Innst.O. XII (1927) ”Om forandringer i den almindelige borgerlige straffelov”.

Innst.O. nr. 34 (1996-1997) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i
straffeloven m.v. (strafferettslige utilregnelighetsregler og særreaksjoner)

7 Vedlegg 1



Spørsmål om forvaringsdommer

Det vises til din henvendelse pr. e-post datert 22.03.2007.

Det er pr 07.02.2007 avsagt 123 rettskraftige dommer på forvaring. Det dreier seg om 116 menn og 6 kvinner (en person er dømt til forvaring to ganger).

<u>Type kriminalitet</u>	<u>Antall dommer</u>
Drap	34
Voldtekt	29
Sedelighet	27
Legemsbeskadigelse	12
Ran	8
Brannstiftelse	5
Trusler	5
Skadeverk	3

46 % av dommene gjelder seksualforbrytelser.

<u>Tidsrammer</u>	<u>Antall dommer</u>
1-5 år	57 (31 er konverteringsdommer, jf lov av 17.01.97 nr 11)

46 % av dommene gjelder seksualforbrytelser.

Tidsrammer

Antall dommer

1-5 år	57 (31 er konverteringsdommer, jf lov av 17.01.97 nr 11)
6-8 år	30
9-15	27
16-21	9

Tidsrammen settes alltid som et eksakt tall. I tabellene er dommene gruppert innunder

Postadresse	Kontoradresse	Telefon - sentralbord	Kriminalomsorgsavdelingen	Saksbehandler
Postboks 8005 Dep	Akersgt. 42	22 24 90 90	Telefaks	Kirsten Sund
0030 Oslo		Org. nr.: 079 417 821	22 24 55 00	22 24 55 40

bestemte tidsspenn.

Minstetid

Minstetid er fastsatt i 81 av dommene. Lengden strekker seg fra 1-10 år. I 13 av dommene er minstetiden fastsatt til 10 år. Samtlige gjelder drap.

For ytterligere opplysninger kan du eventuelt henvende deg til forsker Berit Johnsen, Kriminalomsorgens utdanningssenter (KRUS), telefon 23 06 71 00.

Når deg gjelder etterkontrollen av de strafferettslige særreaksjonene og forvaring hører arbeidet inn under Justisdepartementets lovavdeling. Ved henvendelse til lovavdelingen har vi fått opplyst at Mæland-utvalget tar sikte på å avgi sin innstilling innen årsskiftet 2007-2008

Med hilsen


Kirsten Sund
rådgiver